ميشيل تروبير

فلسفة القانون

ترجمة: جورج سعد





الفصل الرابع : المنهج التحليليle raisonnement في القانون

من مؤلفات المترجم:

* القانون الإداري والمنازعات الإدارية، مكتبة الجامعة، البقاع (لبنان)، ٢٠٠٤ .

* دراسات في قانون العمل البناني، مركز المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، بيروت، ١٩٩٩.

* تطور الفكر السياسي، مكتبة الحلبي، بيروت، ١٩٩٥ .

بعض الترجمات:

* القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، موريس دوفرجيه، دار مجد، بيروت، ١٩٩٢ .

* شاعرية أحلام اليقظة، غاستون باشلار، دار مجد، بيروت، ١٩٩١، طبعة ثانية ١٩٩٣ .

* "ما هي الفلسفة ؟"، فلكس غتاري وجيل دولوز، دار عويدات، بيروت، ١٩٩٣ .

++ مجتمع جبل لبنان في عصر النهضة الصناعية في أوروبا، دومبيك شوفالييه، دار الحقيقة، ١٩٩٢ .

الكتاب: فلسفة القانون

الكاتب: ميشيل تروبير

منشورات بريس أونيفرسيتير دو فرانس، ٢٠٠٣ .

ترجمة: جورج سعد، أستاذ في كلية الحقوق ـ الجامعة اللبنانية

الطبعة الأولى ٢٠٠٤

يصدر هذا الكتاب بدعم من وزارة الخارجية الفرنسية والسفارة الفرنسية في لبنان - قسم التعاون والعمل الثقافي - وذلك في إطار برنامج "جورج شحادة" للمساعدة على النشر.

Cet ouvrage, publié dans le cadre du programme d'Aide à la publication "Georges Chaadé", bénéficie du soutien du Ministère des Affaires étrangères et du Service de coopération et d'Action culturelle de l'Ambasssade de France au Liban.

هذا الكتاب

تكتسب فلسفة القانون أهمية متزايدة في مجال دراسة القانون، سواء لجهة فهم عملية "خلق" القواعد القانونية أم لجهة تطبيق هذه القواعد على يد المشتغلين في القانون، من قضاة ومحامين وأساتذة قانون. كما نعلم أن فلسفة القانون غدت مادة في منهاج دراسة القانون في جامعات عديدة وهي بدون شك سوف تحتل مكانها ضمن منهاج إجازة الحقوق في الجامعة اللبنانية. من هنا أتت رغبتنا في نقل هذا الكتاب إلى اللغة العربية، بتشجيع من زملائنا في كلية الحقوق (الفرع الرابع) في الجامعة اللبنانية وكذلك زملائنا في كلية الحقوق في جامعة مونبلييه (دومنيك روسو، نور الدين بالعباس، وألكسندر فيالا) وصاحب هذا المؤلف، فيلسوف القانون الأكثر لمعاناً في فرنسا الأستاذ ميشيل تروبير.

صعوبات جمة واجهتني في ترجمة هذا الكتاب، ما يدفعني إلى القول إنها محاولة أولى أتمنى من العاملين في حقل الترجمة (أساتذة فلسفة، مترجمين..) عدم التردد في توجيه ملاحظاتهم كي تكون الطبعة الثانية

أكثر إتقاناً وكي يساعد ذلك في توحيد قواعد الترجمة على مستوى العالم العربي.

لإجتناب الوقوع في خطيئة الخيانة للكاتب حاولت وضع العبارات باللغة الفرنسية في كل مرة شعرت فيها بإحتمال إستخدام عبارة أخرى أو وقوع الإلتباس. الحل الوحيد لهذه المعضلة هي في توحيد العبارات والألفاظ وهي مهمة مراكز الأبحاث العربية ومؤسسات الترجمة والتعريب في الوطن العربي. عسى أن يكون هذا العمل مدماكاً صغيراً في بناء الفكر العربي الشامخ، كما في تشييد أسس جديدة لمقاربة القانون تقوم على رفض الوضعانية بوجهتها الفظّة وعلى جعل القانون أقرب إلى الناس وأكثر إنسانية و.. "ديمقراطية".

جورج سعد

مقدمة

نعيش تحت هيمنة القانون: منذ الولادة ينبغي تسجيل الطفل في دوائر النفوس، والإسم الذي يحمله الطفل يجب أن يتوافق مع بعض القواعد. قواعد أخرى تأمر بضرورة إدخاله المدرسة. وعندما نشتري أي شيء أو نأخذ سيارة النقل، يكون هذا إعمالاً لعقد ما. نتزوج، نعمل، ونعالَج في المشافي طبقاً لقانون. مع هذا، ورغم وعينا لهذا الحضور المهيمن للقانون، ولكوننا قادرين على تطبيق أو إنتاج القواعد القانونية، فإننا غالباً عاجزون عن تحديده.

ولكن لماذا يا ترى ينبغي تحديد القانون؟ فالبحث عن تحديد للقانون يرتبط بعملية تفكُّر في موضوع طبيعة القانون أو جوهره. وهذا البحث ضروري جداً لعمل القانونيين. نلاحظ غالباً أن العاملين في مجال الفيزياء ليسوا بحاجة لتحديد الفيزياء، والعاملين في مجال الكيمياء لتحديد الكيمياء، فيما العاملون في القانون les juristes لا يسعهم الإفلات من تحديد القانون. وهذا الأمر يعود قبل أي شيء آخر إلى إستحالة تطبيق قاعدة قبل التأكد من أنها فعلاً قاعدة قانونية.

ما الفرق بين الأمر الذي يوجهه لنا السارق وذلك الذي يوجهه لنا جابي الضرائب. الإثنان يأمراننا بإعطائهما الدراهم وفي الحالتين للرفض عواقب وخيمة. والحال أننا نقول إننا ملزمون ومكرهون على الخضوع لأوامر السارق، بينما نتحدث عن واجب الخضوع لطلب الجابي. بمعنى آخر، نحدد واجب الخضوع للجابي بما هو واجب قانوني، وفقاً لتحديد القانون. وهذا التحديد ليس فيه أي شيء فلسفي. فالقانون ذاته هو الذي يحدد معايير ما هو قانوني وما هو خرق للقانون، كما في حالة السارق. يكفي إذاً، بما يخص غالبية حاجاتنا العملية، أن نعرف ما هي المعايير المتضمَّنة في قواعد.

في أي حال، معرفة هذه الأمور لا تُعلمُنا شيئاً عن طبيعة القانون. لا نعرف لماذا تمَّ اعتماد هذه المعايير، ولا إذا كانت هذه القواعد إلزامية فعلاً، وفي حال كونها إلزامية لا نعرف لماذا: هل لأنها صحيحة، لأنها تنبثق عن سلطة سياسية، أو لأنها مرتبطة بعقوبات في حال المخالفة؟

كيف نعرف إذا كانت القواعد التي تحدد ما هو قانوني هي بذاتها قواعد قانونية، هي جزء من القانون أو شيء آخر؟ وهذا السؤال ليس بذاته سؤال قانوني، بل فلسفي. والقانوني (العامل في القانون أو الممتهن) لا يمسك بأي عنصر من عناصر الجواب. وهذه المسألة لا تهم وحسب فلسفة القانون، بل فروعاً أخرى، من مثل الفلسفة الأدبية - إذا اعتبرت هذه الأخيرة أن الإنصياع للقانون أمر جيد-، والتاريخ أو الأنتروبولوجيا لأن هذه الفروع تبحث عما إذا كان مجتمع معيَّن خاضعاً أم لا لمنظومة قانونية.

ولكن هذا التساؤل وإن لم يكن قانونياً فإن له أحياناً مفاعيل على

القانون نفسه. يمكن تقديم المثال الآتي المستوحى من حالة واقعية والذي يبدو كأنه الصورة العكسية لأسطورة أنتيغون Antigone. في ألمانيا النازية كانت تُعتبر كل التلفظات ضد النظام جرائم يعاقب عليها القانون والذين يسمعونها كانوا ملزمين الإبلاغ عنها للسلطات. بعد إنتهاء الحرب تمَّت ملاحقة إمرأة وشت بزوجها الذي أوقفته السلطات وحكمت عليه بالإعدام ونفَّذت العقوبة. فهل يجب محاكمة هذه المرأة؟

الجواب على هذه الأمور مرتبط بتعريف القانون ولقد طرحت المحاكم هذه المسألة بهذا الشكل: يمكن أن نعتبر بداية أنه أياً كانت أسباب المرأة الواشية والتي لم تكن بالتأكيد مؤيدة للنظام ولا يهمها إحترام القانون، وأياً كان حكمنا الأدبي عليها، هذه المرأة في نهاية الأمر لم تفعل إلا ما كان يطلب منها القانون فعله. ينبغي إذاً تبرئتها.

ولكن يمكن أن نعتبر أن القانون النازي loi nazie كان من القذارة ومن المخالفة للمبادئ الجوهرية بحيث لا يستأهل صفة قانون على الإطلاق، وبحيث أن الواشية لم تكن ملزمة بالتالي إحترام هذا القانون، بل كان عليها رفض الخضوع له. لو لم يكن القانون النازي قانوناً، لمّا حل محل القانون السابق الذي كان يعاقب الوشايات المفرطة بنقلها وقائع كاذبة ليس إلا. في هذه الحالة يجب إذاً معاقبة المرأة.

هكذا فإن القاضي سوف يحكم بهذا أو ذاك الإتجاه تبعاً للمفهوم الذي يُكوِّنُه عن طبيعة القانون la nature du droit. يمكنه أن يعتبر أن القانون هو مجمل القواعد القانونية الصادرة عن السلطة السياسية أو فقط تلك التي لا تخرق مثال العدالة. في الحالة الأولى يبريء المرأة، وفي الحالة الثانية يعاقبها. والحال أن الحل لا يقوم في القانون المرعي الإجراء بل في

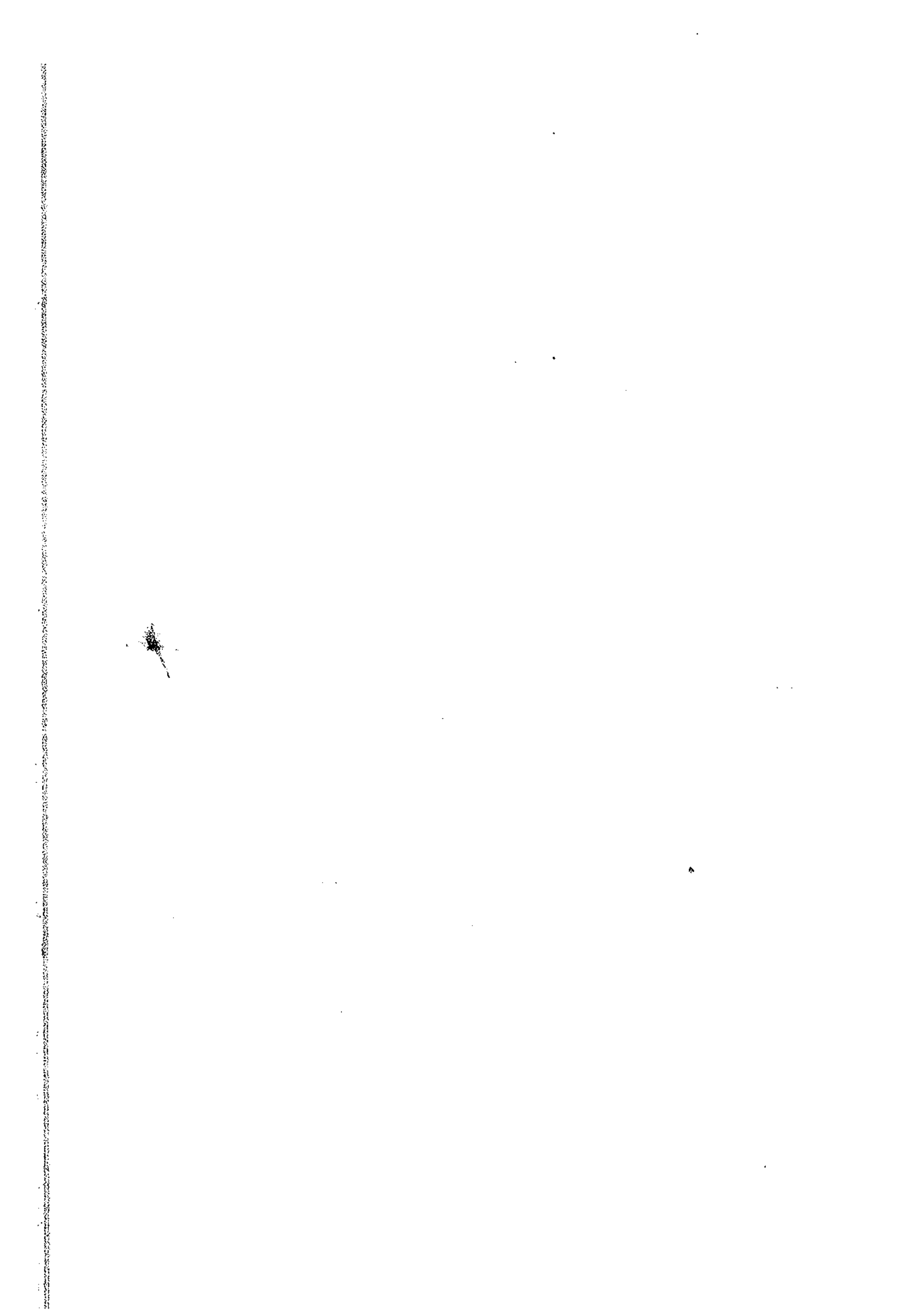
الخيارات الفلسفية.

إلا أن القانونيين، لدى القيام بعملهم، هم مرتبطون ليس فقط بتحديد القانون، إنما بتحديدات المفهومات concepts الجوهرية المستخدمة في صياغة القواعد. إن مضمون القواعد يعبِّر عن الإعتناقات أو الميول السياسية والأدبية لأصحابها. فالقانون الذي يمنع أو يسمح الصيد، الإجهاض أو الإنتحار يعكس المعتقدات المتعلقة بالحيوانات والحياة وحرية تصرف الإنسان (بحياته، بجسده..). هذه المفهومات ليست مباشرةً قانونية لأن الحيوانات والحياة أو الإنتحار، يمكن أن ينظمها القانون ولكنها تقوم خارج القانون أيضاً، بصورة مستقلة عنه. يعتقد بعض الكتّاب أنه يوجد، فوق القوانين، قانون طبيعي يمكن أن يعرفه /يمكن أن يمسك به/ العقلُ الإنساني وهو يحتوي على مبادئ العدل التي تحكم هذه المسائل. هذا القانون الطبيعي هو موضوع فلسفة قانون حول مسألة العائلة أو الإجهاض. وفلسفة القانون هذه تحمل بعداً قاعدياً dimension normative بمعنى أنها توعز للمشترع إعتماد قواعد متوافقة مع مبادئ العدل التي تكون قد استنبطتها.

ولكن حتى الذين لا يقتنعون بوجود قانون طبيعي لا يمكنهم إجتناب التفكير في المفهومات التي يستخدمها المشترع، عندما تتعلق هذه المفهومات بمؤسسات لا توجد إلا في /وبفضل/القانون. بعض هذه المفهومات تهم الشكل القانوني كالدستور أو العقد؛ وأخرى تهم المضمون كالزواج والملكية. إن القواعد المتعلقة بالعقد وبالملكية هي مختلفة تماماً تبعاً للبلد ولكنها موجودة دوماً. هي تعكس أفكاراً حول طبيعة العقد أو الملكية يقتضي أن يعرفَها القانونيون كي يجيدوا تطبيقها.

إن التأكيد على وجود قاعدة قانونية يفترض مسبقاً تحديداً عاماً للقانون، لبنيته، للمفهومات القانونية، ولكن أيضاً يفترض مفهوماً عن العلم يتيح التوصل إلى معرفة هذه القاعدة أو صحة التحاليل المنطقية التي تطبَّقُ عليها. وهذه الإفتراضات المسبقة هي دوماً غير واعية أو هي تؤسس فقط لمعرفة القانون ولإعماله في بلد واحد أو أن هذه الإفتراضات ليست متناسقة بين بعضها. هكذا، فلسفة القانون هي حاضرة بالضرورة، ولكنها فلسفة قانون ضمنية بقدر ما هي عفوية.

الكلام على فلسفة القانون بصورة عامة جداً يهدف إلى إطلاق عملية تفكُّر réflexion منهجية حول تحديد القانون، علاقته بالعدل، بعلم القانون، ببنية المنظومة أو نمط التحليل القانوني المتَّبع. فلسفة القانون يمكن أن تقدَّمَ باشكال عديدة والمؤلفات التي تحمل عنوان "فلسفة القانون" لا يجمع بينها إلا كونها جميعها تقدِّم رأياً عاماً جداً في القانون. بعضها يعرض النظريات. البعض الآخر يعرض المسائل المعالجة. حسنة المقاربة الأولى تكمن في أنها تبرز تماسكَ فكرٍ حول جملة من المسائل، لكن سيئتها تكمن في إخفاء تنوع الآراء حول مسألة معينة. أما حسنات وسيئات المقاربة الثانية فهي معاكسة للأولى. ولكن بما أن الطموح الرئيسي لهذا الكتاب هو إظهار كيف يجري السجال الفلسفي حول القانون فأننا نعتمد المقاربة الثانية. وهذه المقاربة لا ترسم أي طريق معبَّد لغياب أي لائحة موضوعة مسبقاً تحتوي على جميع المسائل التي يجب معالجتها وسوف نكتفي بالتطرق لأكثرها أهمية. إنها المسائل التي تعرض لتعريف فلسفة القانون وموضوعها (علم القانون) وبنية المنظومة القانونية ونمط التحليل القانوني.



الفصل الأول
ما هي فلسفة القانون؟

لقد انتشر استخدام عبارة "فلسفة القانون" منذ بداية القرن التاسع عشر، وبخاصة بعد صدور "مبادئ فلسفة القانون" للفيلسوف الكبير هيغل (١٨٢١)، إلا أن البحث وإطلاق النقاش والأفكار حول القانون فهو أمر قديم قدم القانون نفسه. واليوم المؤلفات التي تحمل هذا العنوان شديدة التنوع، ليس فقط في ما يخص النقاط النظرية المطروحة بل أيضاً في محتواها. ليس ثمة إتفاق في موضوع تحديد القانون، ولا في تحديد فلسفة القانون ولا في معرفة إذا كانت فلسفة القانون جزءاً من الفلسفة أو جزءاً من العلم القانوني؛ كما ليس ثمة إتفاق على لائحة من المسائل التي تدخل في إهتماماتها، ولا على وظائفها ولا على العبارة نفسها، حيث يفضل بعضهم عبارة "النظرية العامة للقانون" أو في الأنكليزية general jurisprudence وهذه الفوارق بالعبارات تعكس تعارضات أخرى من النوع التاريخي أو الأبستيمولوجي[1]، بين فلسفة قانون القانونيين وفلسفة قانون

---

١ - الإبستيمولوجيا هي الدراسة النقدية لمبادئ وإفتراضات ونتائج العلوم المختلفة بهدف تحديد أصلها المنطقي وقيمتها وأهميتها الموضوعية. (إضافة من المترجم).

الفلاسفة أو بين أتباع مدرسة القانون الطبيعي وأتباع مدرسة الوضعانية القانونية. يجب تحليل هذه الأمور قبل دراسة الوضع الحالي لفلسفة القانون.

١- فلسفة القانون والنظرية العامة للقانون

لقد ظهرت عبارة "النظرية العامة للقانون" في نهاية القرن التاسع عشر تحت تأثير الوضعانية والتجريبية وكردة فعل ضد فلسفة القانون كما كانت تمارَس حتى ذلك الحين. كان مؤيدو النظرية العامة للقانون ينتقدون فلسفة القانون التقليدية لطابعها المحض نظري spéculatif. فأسئلة من قبيل "ما هو القانون"؟، و"هل يوجد معايير لمفهوم "العدل"؟ كانت تبدو لهم محض فيتافيزيقية فيما كانوا يرغبون في تأسيس علم. فلسفة القانون تهتم بالقانون المثالي، أما نظرية القانون فهي تعالج القانون كما هو، القانون الوضعي. كانت تقوم إذاً من ناحية علاقات بين فلسفة القانون ونظريات القانون الطبيعي les doctrines jusnaturalistes ومن ناحية ثانية بين النظرية العامة للقانون والوضعانية القانونية.

لاقت النظرية العامة للقانون إنتشاراً واسعاً جداً في النصف الأول من القرن العشرين، وبخاصة بفعل تأثير القانوني النمساوي هانس كلسن (١٨٨١-١٩٧٣) الذي عرض نظرية متجددة في الوضعانية القانونية تحت إسم "النظرية الخالصة للقانون" théorie pure du droit، أو "القاعدية" (أو القواعدية) normativisme، وأسَّس مع الفقيه الفرنسي دوغي Duguit و"وير" Weyr مجلة ذات عنوان معبِّر: المجلة الدولية لنظرية القانون.

غير أنه، غداة الحرب العالمية الثانية، عرفت نظريات القانون الطبيعي والتي كان يُنتظر منها أن تضع أسس قانون عادل وتثبت حدود سلطة الدولة على الأفراد، عرفت إهتماماً مجدداً بها وراحت تُستخدَم من جديد عبارة "فلسفة القانون" التي لم يأفُل نجمها إلا نسبياً كعناوين لمؤلفات أو لمواد التدريس.

في الخمسينيات ومع تطور الفلسفة التحليلية analytique في أنكلترا والولايات المتحدة، ازدادت من جديد أهمية الوضعانية القانونية، وكذلك إستخدام عبارة "النظرية العامة في القانون".

واليوم يستمر بعضهم في تقديم فلسفة القانون والنظرية العامة للقانون كإختصاصين مختلفين (فان هوك). بحسب هذا النهج فلسفة القانون هي إختصاص نظري وقواعدي يشتمل على:

- أنطولوجيا قانونية تبحث عن جوهر القانون وبعض المفهومات مثل الديمقراطية والدولة والشخص.
- أبستيمولوجيا قانونية تهدف إلى فحص إمكانيات الوصول إلى معرفة هذه الجواهر.
- غائية قانونية téléologie juridique تهدف إلى تحديد الغايات من القانون.
- منطق قانوني يحلل المحاججة القانونية.

أما النظرية العامة للقانون فهي تهدف حصراً إلى توصيف وتحليل القانون كما هو، بفضل اللجوء إلى منهج علمي بعيداً عن أي حكم مسبق.

هي لا تحل محل فلسفة القانون التي تبقى ولكن في مستوى أعلى من التجرد.

رغم صحة هذا التمييز إلا أنه لا يتطابق مع الإستخدام الفعلي لعبارات "فلسفة القانون" و "النظرية العامة في القانون". عملياً إنه لمن المستحيل قيام علاقة وطيدة بين عنوان كتاب ما ولائحة الأسئلة المتضمنة، ومستوى التجرد المتبع، والطريقة المستخدمة أو التيار النظري (أو العقائدي doctrinal) المعتمد. في أغلب الأحيان، "النظرية العامة للقانون" تحمل وقعاً وضعانياً، ولكن يحصل أن يكون مؤلَّف حاملٌ لهذا العنوان ولكن عند قراءته نتبين أنه تنظيري أساساً وأن مؤلِّفَه من أتباع القانون الطبيعي، وعلى العكس يحصل أن يكون مؤلَّف ما يحمل عنوان "فلسفة القانون" وكاتبه وضعاني. الأفضل إذاً اعتبار هذه العبارات كأنها مترادفة. غير أن الأمور تختلف بما يخص عبارتين أخريين: "فلسفة قانون الفلاسفة" و"فلسفة قانون القانونيين".

٢- فلسفة قانون الفلاسفة وفلسفة قانون القانونيين

فلسفة قانون الفلاسفة هي قبل أي شيء فلسفة تطبيقية: فهي تهتم أساساً بنقل العقائد الفلسفية الكبرى إلى ساحة مشاكل القانون والعدل. وهي صعبة التمييز عن الفروع الأخرى للفلسفة التي تتناول مفاهيم مرتبطة بالقانون بشكل أو بآخر مثل الفلسفة الأخلاقية، فلسفة العلوم أو الفلسفة السياسية.

وهذا المفهوم ليس مرتبطاً حصراً بإنتماء المفكرين إلى الحقل

الأكاديمي، أي أن يكونوا فلاسفة أو قانونيين. المؤيدون لهذا المنحى هم الذين يعتبرون أن فلسفة القانون لا يسعها إجتناب البحث في القانون الطبيعي ومهمتها هي "بفعل أزمة الإنسانوية، ومفهوم العالمية (...) إيجاد شبيه للطبيعة الإنسانية القديمة لتجذير العالمية التي يتطلبها مفهوم حقوق الإنسان" (رونو و سوزو Renaut et Sosoe).

على العكس من ذلك هذا المنحى هو موضوع نقد من قبل الكتّاب ذوي الإنتماء الوضعاني، من ناحية لأنها تستند إلى قاعدة أن "الحلول القانونية يجري البحث عنها في مؤلفات الفلاسفة وليس في التجربة القانونية" (بوبيو Bobio، مقال "فلسفة القانون"، في Arnaud، ١٩٩٣)، ومن ناحية ثانية لأن القانونيين يبتعدون عن التفكير الفلسفي إذ هم لا يجدون أي إنعكاس لممارساتهم ومناهج تحليلهم.

بحسب الوضعانيين فلسفة قانون القانونيين تتميز عن فلسفة قانون الفلاسفة كونها تَمنح الأولوية للتحليل على التوليف، وتنطلق من التجربة القانونية وتبدو كردة فعل ضد التعميم والتبسيط. إلا أن وجهات النظر هذه إذا كانت مختلفة فهي ذات محتوى متشابه.

هكذا فبالنسبة لأحد أفضل ممثلي فلسفة قانون القانونيين "نوربرتو بوبيو" تتناول فلسفة قانون القانونيين مفهومة القانون ونظرية العدل ونظرية العلم القانوني ولكن، عوض الغوص في التفكّر النظري في موضوع الجواهر هي تجهد للإنطلاق من الظواهر القانونية phénomènes juridiques.

فلسفة قانون القانونيين لا تحاول تحديد جوهر القانون بل صياغة مفهومة القانون التي تسمح بالإمساك بالظاهرة القانونية، بما هي جملة

معقدة من القواعد، والتي سنجهد لتحديد خصائصها.

نفس الشيء نقوله عن العدالة. فيما فلاسفة القانون الطبيعي philo-sophes du droit naturel ينطلقون من مفهوم طبيعة الإنسان والتي يحاولون إستنتاج قواعد صحيحة وعادلة منها، يبحث الفلاسفة القانونيون philosophes juristes عن القيم التي يحميها فعلياً القانون في مختلف الأنظمة القانونية.

كذلك أيضاً بما يخص نظرية العلم. عوض بناء علم قانوني على أسس العلوم الأخرى ونقل أنماط الرياضيات والفيزياء إلى ساحة القانون، يجب بكل بساطة تحليل أنماط التفكر الواقعية التي يستخدمها القانونيون.

هكذا فإن فلسفة قانون القانونيين تبدو كوصف للممارسات القانونية التي لا تتميز إلا بمستواها التجريدي والتعميمي العالي.

على أنه تجدر الملاحظة أن فلسفة قانون القانونيين تختلف عن النظرية العامة للقانون، عندما تُحدَّدُ هذه الأخيرة بتوجهها الوضعاني، لأن أتباع نظرية القانون (منظري القانون) يبقون ما دون وما بعد هذا "المخطط". هم ما دون عندما يكتفون بنقد الإستنادات إلى مفهوم العدالة ويعلنون مع كسلن لامبالاتهم إزاء محتوى القواعد القانونية. ويذهبون أبعد عندما لا يكتفون بتوصيف أنماط التفكر الواقعية بل يبحثون عن وضع معايير علم قانوني متوافق مع الأنماط التي تبنيها فلسفة العلوم.

في أي حال يجب تنسيب[٢] التعارض بين فلسفة قانون القانونيين وفلسفة قانون الفلاسفة. يمكن أن يوهمنا عرض بوبيو Bobbio بأن الميزة التوصيفية التي تسم فلسفة قانون القانونيين تجعلها خالية من أي تفكر

---

٢ – تعريبنا لعبارة **relativiser**، بمعنى التخفيف، جعل الشيء نسبياً..

وتنظير، فيما في الحقيقة ترتكز بالضرورة إلى بعض الإفتراضات وتتطلب إستخدام مفهومات concepts يرتبط خيارها بتوجهات فلسفية عامة. يمكن تماماً وصف القانون كمنظومة مؤلفة من قواعد قانونية ولكن ثمة تحديدات عديدة للقاعدة القانونية. على سبيل المثال إن التأكيد على أن القاعدة المخالفة للأخلاق هي رغم هذا قاعدة قانونية إلزامية أو ليست كذلك يرتبط بإعتماد أو عدم اعتماد بعض الطروحات الفلسفية حول قيام أو غياب قيم أخلاقية موضوعية وحول إمكانية معرفتها. كذلك إن وصف المنظومة القانونية يتعلق بالطروحات حول العلاقة بين القاعدة والواقعة، وبخاصة حول معرفة إذا كانت القواعد تُختزل إلى وقائع أو إذا كانت تنتمي إلى دائرة مستقلة تماماً عن الوقائع.

إن وضع أتباع القانون الطبيعي في موقع متعارض مع الوضعانيين يجد سببه في واقعة اعتبار أن الإنتماء إلى هذا أو ذاك التيار يفسر الأجوبة المقدمة لغالبية المسائل النظرية كما يرسم الطريقة التي يمكن أن يوصف القانون تبعاً لها.

٣- القانون الطبيعي والوضعانية القانونية

هذا التعارض هو كتعارضات كثيرة: إما نعتبر أنه يحمل صفة جوهرية وتالياً يجب أن يُصنَّف كل كاتب في إحدى المجموعات، إما نحاول على العكس تجاوز هذا التعارض والبحث عن طريق ثالث. في الواقع بما أن تصنيف كاتب في فئة معينة يرتبط بتحديد وخيار المعايير فإن هذا التصنيف هو دوماً قابل للنقد وعملياً منتقد. حتى كلسن الذي يُعتبر بصورة عامة أحد رموز الوضعانية الأكثر أهمية، فقد تم تصنيفه على يد

وضعانيين آخرين لـ "شبه وضعاني"، أي قانوني طبيعي. في أي حال إن نجاح أو فشل محاولات تجاوز التعارض ترتبط هي أيضاً بالتحديدات المعتمدة.

المعايير الممكنة هي في الواقع جد متنوعة، بحيث من الأفضل الكلام على عدة منظومات في القانون الطبيعي وفي الوضعانية.

أ- منظومات القانون الطبيعي

يمكن القول إن الكتّاب المنتمين إلى هذا التيار يجتمعون جميعهم حول قاسم مشترك واحد، ألا وهو الثنائية dualisme. فيما الوضعانيون يذهبون إلى قيام قانون واحد هو القانون الوضعي أو أقله أن عمل القانونيين لا ينطوي إلا على القانون الوضعي وحده، الموضوع على يد البشر، ينزع الفريق الآخر، أي أتباع القانون الطبيعي إلى قيام قانونين، القانون الوضعي والقانون الطبيعي، وأن الأخير فقط قابل للمعرفة. يجب ملاحظة عدم التماثل إذاً مع الوضعانية. هذه الأخيرة تنفي وجود القانون الطبيعي، فيما مدرسة القانون الطبيعي تقر بوجود القانون الوضعي ولكنها تعتبر أنه يوجد "فوقه" قانون طبيعي ينبغي أن يمتثل له القانون الوضعي: ثمة تراتبية إذاً بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي.

أما المتفرعات فهي تخص أساساً طبيعة القانون الطبيعي، و"إلى من يتوجه" destinataires، وعلاقاته مع القانون الوضعي وبالتأكيد محتواه. بما يخص النقطة الأولى (طبيعة القانون الطبيعي) كان ميشال فيلاي (١٩١٤-١٩٨٨) يضع القانون الطبيعي الكلاسيكي من ناحية وبالمقابل

القانون الطبيعي المعاصر الذي كان يطلق عليه تسمية "الجوسناتوراليسم" (jusnaturalisme)[٣]. إن عقيدة (أو النظرية الفقهية) القانون الطبيعي الكلاسيكي هي عقيدة العلم القانوني الروماني المستوحى من أرسطو. القانون ليس جملة من القواعد؛ هو شيء. الشيء في نظر ميشال فيلاي هي العلاقات العادلة بين الناس. وهذه العلاقات ليست مرادة أو مفكَّرة على يد الناس بل لها وجود حقيقي. القانون إذاً هو عبارة عن عملية تناسب جيدة كما يشكل نظاماً إجتماعياً متجانساً وعفوياً، مستقلاً عن التدخل الإرادي للناس. يعود للعلم (الإجتهاد) كشف هذا القانون الطبيعي بالإستقراء والتعبير عنه بصورة واضحة.

مدرسة القانون الطبيعي المعاصر هي التي تعلِّمُ، أساساً تحت تأثير الفلسفة الإسمية nominaliste أن الحقيقة الوحيدة تكمن في الفرد وأن الإنسان وحده يمتلك حقوقاً بفعل طبيعته الخاصة. وهذه الحقوق المسماة "ذاتية" يمكن اكتشافها بواسطة العقل، بمجرد تحليل طبيعة الإنسان. السلطة السياسية لا تخلق هذه الحقوق. واجب السلطة السياسية تكريس هذه الحقوق وبإمكان البشر فرض إحترام هذه الحقوق على السلطة السياسية. هكذا فإن القانون الطبيعي المعاصر هو في أساس نظرية حقوق الإنسان.

بما يخص الذين يتوجه إليهم القانون الطبيعي يمكن التمييز بين النظريات التي ترتكز إلى قانون طبيعي موجَّه أساساً إلى المشترع وتلك التي ترتكز إلى قانون طبيعي موجه إلى جميع الناس. في الحالة الأولى ينبغي أن يستوحي المشترع من القانون الطبيعي ولكن إن لم يفعل، فإن الناس ملزمون الخضوع (سان توما الإكويني، Somme théologique،

---

٣ - إخترت هذا التعريب لعبارة : **jusnaturalisme** القانون الطبيعي المعاصر.

١٢٧٣). في الحالة الثانية يمكن أن نتصور إما قانوناً طبيعياً فارغاً من أي محتوى ويشكل فقط أساس مشروعية المشترع بحيث يجب على الناس الخضوع لأوامره (هوبس، ليفياتان، ١٦٥١) وإما على العكس نتصور قانوناً طبيعياً يحتوي على حقوق ذاتية يمكن للناس أن يفرضوا احترامها حتى على المشترع (لوك، بحث في الحكومة المدنية، ١٦٩٠).

يستنتج من هذا التمييز الأول أن العلاقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي هي بالضرورة متنوعة. بصرف النظر عن الحالة التي يشكل فيها القانون الطبيعي جوهر القانون الوضعي الذي ما كان يمكن أن يُطرح إلا إنطلاقاً من القانون الطبيعي مع ضرورة الإمتثال إليه، نقول بصرف النظر عن هذه الحالة غالبية نظريات القانون الطبيعي المعاصر تجعل من القانون الطبيعي وسيلة قياس للقانون الوضعي، لكنها لا تستنتج النتائج ذاتها من التناقض بين القانونين.

بعض الكتّاب يعتبرون أن القانون الوضعي المناقض للقانون الطبيعي ليس قانونياً n'est pas juridique، وأنه بإمكان كل ذات sujet بفعل عقلها ملاحظة هذا التناقض وأنه يجب أن ترفض الخضوع. في بعض الحالات الصراع يدور بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي، منظوراً إليهما بصورة شاملة، وأنه يجب عدم الخضوع فقط عندما يبدو القانون الوضعي بمجمله خارقاً للقانون الطبيعي وليس عندما تكون قاعدة معزولة مناقضة للقانون الطبيعي. في حالات أخرى يعتبر مشروعاً عدم الخضوع لقاعدة معزولة حتى إذا كان القانون الوضعي بمجمله متطابقاً مع القانون الطبيعي. كتّاب آخرون يعتقدون أن القاعدة المناقضة للقانون الطبيعي تبقى قانونية لأنها "موضوعة" posée ولكن بإمكان القاضي استبعادها.

كتّاب آخرون أيضاً يعتمدون موقفاً أكثر تلطيفاً : لا يمكن للقانون الطبيعي أن يأمر لا بالخضوع ولا برفض الخضوع للقانون الوضعي. القانون الوضعي هو القانون الذي هو، بينما القانون الطبيعي هو القانون الذي ينبغي أن يكون ووظيفة الصراع هي فقط ضمان إتخاذ موقف /حُكم/ معنوي وسياسي إزاء القانون الوضعي.

أما بما يخص محتوى القانون الطبيعي فهو موضوع تغيرات لا متناهية لأنه رغم الحضور الدائم لمثال العدل كمرجع، إلا أن المفاهيم يمكن تتأتى من أيديولوجيات جد متنوعة. لذا فإنه أمكن إيجاد قانون طبيعي مسيحي وقانون طبيعي نازي (قومي إشتراكي).

القانون الطبيعي المعاصر هو موضوع نقد من أتباع القانون الوضعي. الإنتقادات الأساسية تستند إلى رفض الوضعانيين للإدراكية الأخلاقية cognitisme éthique، أي للمقولة التي تقول بوجود قيم موضوعية وقابلة للمعرفة. غالبية الوضعانيين يعتبرون على العكس أن قيماً كهذه هي غير موجودة. لا يمكن في جميع الأحوال معرفة إلا ما هو، وأنه كما بيّن ذلك هيوم (بحث في الطبيعة الإنسانية، ١٧٤٠) من هذه المعرفة لا يمكن إستخلاص ما يجب أن يكون. هكذا فإن الأعمال تسمى عادلة أو غير عادلة ليس لأنها تمتلك فعلياً هذه الصفة (عادلة أو غير عادلة) بل إن ذلك يكون تبعاً لتفضيلاتنا. العدالة بالنسبة للوضعانيين هي إذاً مفهوم ذاتي ليس إلا، وبالتالي نسبي.

ب- منظومات القانون الوضعي

الوضعانية هي أيضاً جد متنوعة. يمكن إنطلاقاً من تقسيم نوربرتو بوبيو Norberto Bobbio التمييز بين ثلاث إستخدامات لهذا العبارة: مفهوم لعلم القانون، مفهوم لنظرية القانون وأيديولوجيا. بين هذه الوجهات الثلاث للقانون الوضعي لا يوجد أي علاقة ضرورية. هذا يعني أن كاتباً معيناً يمكن أن يكون وضعانياً تبعاً للوجهة الأولى (علم القانون) دون أن يكون كذلك من الوجهة الثانية أو الثالثة وبالعكس. يمكن أن ينتسب على سبيل المثال إلى مفهوم وضعاني بما يخص علم القانون وليس إلى الإيديولوجيا المسماة "وضعانية".

يمكن إعتبار أن المقاربة الوضعانية تعتبر أنه من الممكن ومن المفضّل بناء علم قانوني فعلي، تماماً كما في علوم الطبيعة، ما يستتبع أفكاراً عديدة. يجب أولاً التمييز بين العلم وموضوع العلم، أي بين علم القانون والقانون نفسه. يُفهم العلم بما هو معرفة الموضوع الخارجي connais-sance du monde extérieur. وهذا الموضوع يجب لاحقاً وصفه دون إطلاق أحكام قيمية عليه (فرضية الويرتفرايهايت Wertfreiheit أو الحيادية الأكسيولوجية)[٤]. أخيراً هذا الموضوع لا يمكن أن يكون إلا القانون الوضعي، أي القانون الذي تضعه السلطات السياسية، بعيداً عن القانون الطبيعي والأخلاق. بمعنى آخر عبارة "الوضعاني" تستند في آن إلى وضعانية القانون وإلى الفلسفة الوضعانية.

بما أن الوضعانية هي مفهوم في علم القانون، فإنه يمكننا إيجاد تفريعتين لها: القاعدية والواقعية le normativisme et le réalisme. تهدف القاعدية إلى بناء علم حسب النمط المستوحى من العلوم التجريبية ولكن

---

٤ - من axiologie وتعني البحث في قيم الأخلاق والدين والجمال (المنهل).

في موضوع ليس تجريبياً ونعني القواعد[٥]. وعلى العكس الواقعية تريد إختزال القانون في جملة من الوقائع- سلوكات القضاة- وجعل علم القانون علماً تجريبياً.

بما يخص نظرية القانون إن الكتّاب الذين نسميهم وضعانيين في المعنى الأول يدعمون أطروحات متنوعة وغالباً غير متناسبة مع بعضها البعض. مع هذا ثمة مسلمة مشتركة وإن تُفهم بطرق عديدة وهي مسلمة الفصل بين القانون والأخلاق. إن هذه الأطروحة لا تعني كما يُعتقد ذلك أحياناً أن محتوى القانون هو حيادي أخلاقياً. هذه الفكرة ترفضها الوضعانية التي تشير بالضبط إلى أن القواعد القانونية تعبِّرُ عن التفضيلات الأخلاقية لأصحابها (لكتّابها). وهذا الفصل يعني فقط أن مفهومة القانون لا يمكن أن تحدَّد استناداً إلى الأخلاق بل فقط استناداً إلى سلطة الجهة التي تقول القانون أو إلى فعاليتها. هكذا فإن معرفة إذا كانت قاعدة معينة أو نظام قاعدي هما من القانون أم لا ترتبط بمعايير طبيعتُها غير أخلاقية: غير مهم أن نعرف إذا كانت متماثلة أم لا مع الأخلاق أو مع مثال العدالة.

لقد تم غالباً نقد هذا التحديد للقانون عبر السلطة/أو بالسلطة/ التي تصدره - بصرف النظر عن تماثله مع الأخلاق- لأن هذا التحديد يمكن أن يؤدي إلى أن نسمي "قانوناً" قواعدَ الدولة النازية كما قواعد المجتمعات الليبرالية. لكن هذا النقد غير مشروع لأن توصيف القانون ليس حكما أخلاقياً. فهذا التعريف لا يستتبع أن القواعد عادلة ولا حتى ضرورة الخضوع لها. وهذا التعريف على العكس هو الذي يتيح حكما أخلاقيا: ينبغي أن نقرر أولاً أن جملة من القواعد تشكل قانوناً وبعد ذلك فقط

---

٥ - يقصد الكاتب هنا القواعد القانونية. وقد عربت عبارة **norme** بعبارة قاعدة.

يمكن القول إن هذاالقانون هو عادل أو غير عادل. لا يجب إذاً أن يكون ثمة خلط بين نظرية القانون الوضعانية والإيديولوجيا التي تُسمّى هي أيضا أحيانا "وضعانية"، بمعنى ضرورة الخضوع للقانون.

هذا هو المعنى الثالث لعبارة "الوضعانية"، أي الإيديولوجيا التي تأمر بالخضوع للقانون القائم، إما لأنه يُعتقد، كما تذهب إلى ذلك مدرسة التفسير اللفظي école de l'exégèse في فرنسا، أنه عادل، وإما، بصرف النظر عن صفته العادلة أو غير العادلة، لأنه بكل بساطة قانون وبالتالي يفرض نفسه تلقائياً. إن الذين يتهمون الوضعانية بأنها تضمن الخضوع للسلطة، أيا كانت هذه السلطة، وبأنها تسهل سيطرة الأنظمة الأكثر بشاعة، ينتهجون هذا التعريف للوضعانية. في أي حال ينبغي الإشارة إلى أن هذه الوضعانية، ولأنها إيديولوجيا، فهي تتعارض تماماً مع الوضعانية بالمعنى الأول، أي كمقاربة، وأنها تقترب من القانون الوضعي المعاصر، لأن عملها لا يقتصر على وصف القانون بل هي تطلق أحكاماً قيمية وأنظمة.

٤- حالة فلسفة القانون كفرع أكاديمي

حتى وقت قريب كانت فلسفة القانون تمارَس بصورة مختلفة بحسب البلد، بحيث أنه كان ممكناً كتابة مؤلَّف تختص فصوله بمختلف التقاليد القومية. ففي ألمانيا تطورت كثيراً بفعل عوامل عديدة، لا سيما قوة الفلسفة العامة ولكن أيضاً بفعل السجالات حول بناء ودور الدولة. كان السجال محتدماً بين الوضعانيين وأتباع القانون الطبيعي قبيل وصول النازيين إلى السلطة. ثم احتدم من جديد بعد الحرب العالمية الثانية في ظل رهان سياسي ومؤسساتي مهم لأن الوضعانية اتُّهمت بأنها مسؤولة

عن الخضوع للسلطة التوتاليتارية ولأنه تمَّ تدوين بعض أفكار القانون الطبيعي في الدستور الجديد. في أيطاليا، دار السجال ذاته بين الكاثوليك (أتباع القانون الطبيعي) والعلمانيين (وضعانيين). يمكن أيضاً كشف نزعات قوية في بلدان أخرى: الوضعانية التحليلية في إيطاليا، الواقعية في البلدان الأسكندينافية.

في فرنسا كان دور فلسفة القانون لفترة طويلة ضعيفاً. لم يكن هذا الفرع كما في البلدان المجاورة مادة تدريس إلزامية لجميع طلاب الحقوق ونادرة الجامعات التي كانت تنظم تدريساً إختياريا لهذه المادة في كليات الحقوق أو في أقسام الفلسفة. هكذا فقد كانت المؤلفات المكتوبة أو المترجمة قليلة جداً وبالتالي فإن فرنسا بقيت بعيدة عن السجالات الكبرى.

كان من المكن تفسير هذا الوضع جزئياً بالمركزية التشريعية الفرنسية légicentrisme، أي بفكرة أن القانون هو المصدر الوحيد للقانون وأن كل القرارات التي تتخذها السلطات الإدارية أو القضاة هي بكل بساطة مستنتجة من القوانين. هكذا فإن الإداريين والقضاة والمحامين يطبقون القانون حصراً ولا حاجة إذاً للتفتيش في خارج مجموعات القوانين عن حلول للمسائل المطروحة ولا تحليل مسألة طبيعة القانون أو ركائزه، ولا طرح تساؤلات حول المفهومات concepts الجوهرية. فهم لا يحتاجون بالتالي إلا لتأهيل تقني والحال أن كليات الحقوق كانت تسمى لفترة طويلة "مدارس القانون".

إلا أن هذا الوضع يتطور الآن في فرنسا وفي البلدان الأخرى والتقاليد القومية بدأ يأفُل نجمها. والسبب يعود ليس فقط لتطور الإتصالات

وسيطرة اللغة الأنكليزية، بل أيضاً لأن المسائل ذاتها تطرح في جميع الأمكنة وبالأشكال ذاتها. لقد كان للتغيرات السياسية والإقتصادية والتكنولوجية التي طرأت في جميع البلدان الغربية مفاعيل مضادة على فلسفة القانون. فمن ناحية أدت هذه التغيرات إلى خلق قواعد جديدة تزداد يوماً بعد يوم، أي إلى تقننة technicisation قصوية للمهن القانونية وفقدان الإهتمام بالمسائل النظرية. ولكن من ناحية ثانية عوامل عديدة شرّعت حقولاً جديدة أمام فلسفة القانون نذكر منها: التساؤلات حول ركائز هذه القواعد، التلاؤم بين المفهومات القانونية التقليدية مع الظروف الجديدة، وتقدير دور الدولة ونمط القيام بهذا الدور.

اليوم نشهد إنتشاراً واسعاً للأبحاث الأكثر تنوعاً. ثمة فكرة عن هذا التنوع تقدمها مؤتمرات ومنشورات الجمعية الدولية لفلسفة القانون والتي تتناول المقاربات إلى جانب المجالات والمواضيع. وتنتمي هذه الأعمال إلى جميع التيارات الفلسفية، من الفينومينولوجيا[٦] إلى التجريبية المنطقية، إلى جميع العلوم الإنسانية، من السوسيولوجيا إلى الإقتصاد، مروراً بالسيميولوجيا[٧] أو العلم النفساني. والمفكرون يعمّقون مسار التيارات التقليدية، أي القانون الطبيعي المعاصر والوضعانية، ولكنهم أيضاً يحاولون تجاوز هذا التعارض. بعض التيارات هي إذاً منبثقة من الوضعانية من مثل ال"ما بعد وضعانية" postpositivisme في أوروبا الشمالية، وآخرى من الواقعية من مثل الدراسات الشرعية النقدية Critical Legal Studies في الولايات المتحدة.

بما يخص المواضيع les objets يمكن أن نشير إلى الأهمية المتجددة لدراسة أعماق (أو جوهر) القانون. لقد كانت فلسفة القانون التقليدية

---

٦ - الفيتومينولوجيا هي دراسة الظواهر كما تظهر في الزمان والمكان دون الأخذ بعين الإعتبار القوانين المجردة والثابتة التي تحكم هذه الظواهر. (إضافة من المترجم).

٧ . علم يدرس الرموز (الإشارات أو الدلالات) في الحياة الإجتماعية. (إضافة من المترجم).

تبحث عن جواهر القانون وكل الكيانات التي يرتكز إليها: المُلكية، العقد، الدولة.. على العكس، إن نظرية القانون ذات التوجه الوضعاني، ولأنها كانت ترفض كل خطاب ميتافيزيقي وتهدف إلى وصف القانون وصفاً عاماً بإمتياز، راحت تبحث عما هو مشترك بين جميع المنظومات القانونية. والحال أن ما هو مشترك هو فقط الشكل أو بنية القانون فيما جوهر القواعد يختلف كثيراً بين بلد وآخر.

إلا أننا نشهد اليوم وحتى لدى الوضعانيين أعمالاً تتناول المفهومات concepts تتجاوز الإطار الوطني وتُستخدمُ بالضرورة لتحديد جوهر القانون. يمكن تحديد قواعد مختلفة لإكتساب أو إستخدام حقوق المواطنية، ولكن نحن دوماً بحاجة إلى مفهومة المواطنية. وهذه المفهومات المسماة "مادية" تتطور وتتبدل إما تبعاً للتغيرات التكنولوجية والسياسية أو الإقتصادية وإما لأسباب مرتبطة بشكل وبنية القانون.

من ناحية ثانية يشكل محتوى القواعد[8] [القانونية الملزمة] règles موضوع تبريرات ذات نمط معنوي أو سياسي، ولكنه يرتكز غالباً على حجج مستقاة من القانون نفسه. هكذا فإن مؤسسة المحاكم الدستورية مثلاً تعتبر غالباً نتيجة منطقية لتراتبية القواعد أو لمبدأ دولة القانون أو

---

٨ - تجدر هنا هذه الملاحظة: واجهتني صعوبة كبيرة في تعريب لفظتي norme و règle. الأولى ترجمتها بكلمة قاعدة. أما الثانية règle فسوف أحاول إضافة صفة ملزمة لتمييزها عن القاعدة norme. ذلك أن ال norme هي تعبير علمي مستخدم في وجه مجرد وعام. أما ال règle فهي تعني القاعدة القانونية الإلزامية. وإذا استشرنا القاموس القانوني لجيرار كورنو، PUF، لوجدنا ثمة مزجاً بين اللفظتين حيث نقرأ:

La norme est un terme scientifique employé parfois dans une acception générale, comme équivalent à la règle droit..

وعن معنى ال règle نقرأ:

règle de droit désigne toute norme juridiquement obligatoire.

لذلك نزعت إلى تمييز ال règle عن norme بإضافة صفة إلزامية. كما يمكن القول إن ال norme أكثر اتساعاً وتجرداً من règle.

لنأخذ مثال الإجهاض الذي يُبرَّرُ استناداً إلى حرية التصرف بالجسد أو أن منعَه يبرَّرُ باسم الحق في الحياة.

تجهد فلسفة القانون المعاصرة ذات التوجه الوضعاني ليس لإعمال الرقابة على ما إذا كانت الحلول متماثلة مع المبادئ المطروحة بل لكشف المفترضات الفلسفية للحلول الجوهرية والإكراهات التي تؤدي إلى تغيير المفهومات المادية(٩).

في هذا العمل سوف يقتصر جهدنا على بعض المسائل الكلاسيكية الكبرى، التي تلامس أساساً شكل القانون والتحليل القانوني.

٩ – لمثال حديث أنظر:
O. Cayla. Y. Thomas, Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche, Paris, Gallimard, 2002.

الفصل الثاني
علم القانون

إن مسألة معرفة إذا كان ثمة علم قانون هي قديمة جداً والأجوبة عليها مرتبطة بالتفسيرات المتعددة لعبارتي "علم" و"قانون". عرَّف ميشيل فيلاي علم القانون كالتالي: "مهمة علم القانون الكلاسيكي الروماني هي قول ما يعود ل "ألف" وما يعود ل "باء"[١٠] بالطريقة التعيينية indicatif؛ إنها العلاقات العادلة التي يكتشفها العلم داخل النسيج الإجتماعي (فيلاي، ١٩٧٥، ص ٩٧). وهذا المفهوم يرتبط بشكل وثيق بالإدراكية الأتيقية cognitivisme éthique، أي الأطروحة التي تعتبر أن القيم مثل "الجميل" أو "العادل" لها وجود موضوعي وهي قابلة للمعرفة، وهذه الأطروحة يرفضها بالتأكيد معارضو الإدراكية وحتى هؤلاء الذين، رغم قبولهم بالأطروحة الإدراكية سيعتبرون أن القانون شيء والعدل شيء آخر. في أي حال إذا كان العلم جملة من المعارف فإن القانون لا يمكن أن يكون علماً لأنه جملة من الممارسات.

---

١٠ - أي قول ما يعود لفلان من الناس من حقوق وواجبات.

ولكن إذا لم يكن القانون بحد ذاته علماً فإنه بالإمكان تصور علم متميز عن القانون ولكنه يتناوله كموضوع، أي يأخذ على عاتقه وصف القانون. والحال أن علماً كهذا يتأقلم في آن مع الإدراكية الأتيقية ومع التيار المعارض للإدراكية الأتيقية. فهو يتأقلم أو ينسجم مع الإدراكية الأتيقية إذا افترضنا أن القانون هو جملة من القيم الموضوعية وأن مهمة علم القانون هي وصف هذه القيم، دون المساهمة في خلقها ودون أن يطلق أي حكم أتيقي. وهو يتأقلم مع "ضد-الإدراكية الأتيقية" إذا افترضنا على العكس أن القانون ليس جملة من القيم بل جملة من الممارسات أو القواعد التي يطلقها البشر. ولكن في كلا الحالتين لا يمكن أن يكون علم القانون إلا متميزاً جذرياً عن القانون نفسه، لأنه يتناوله كموضوع ويقتصر عمله على وصفه.

١ - التمييز بين القانون وبين علم القانون

هذا التمييز الذي يشكل أحد عناصر المفهوم الوضعاني لعلم القانون يرتكز على التفريق بين عدة وظائف وعدة مستويات لغوية ويؤدي إلى مفاهيم مختلفة لعلم القانون.

أ - إقتراحات وإيعازات (أو إفتراضات وأوامر) propositions et prescriptions

تتألف اللغة من بيانات énoncés متعددة الوظائف. بما يخص مسألة علم القانون يمكن أن نقصر بحثنا في الوظيفتين التعيينية (أو الوصفية)

والإيعازية (الأمرية). بالنسبة للوظيفة الأولى نُوَصِّلُ معلومات، نصف العالم؛ في الثانية نحاول إستثارة سلوكات بواسطة أوامر، نصائح أو توصيات. بواسطة اللغة الوصفية نؤكد أن شيئاً ما هو؛ بواسطة اللغة الإيعازية نقول أن شيئاً ما يجب أن يكون.

إن الصفة الوصفية أو الإيعازية للبيانات[11] هي غير مرتبطة بالشكل الصرفي والنحوي. جملة من مثل "الجو بارد" يمكن أن تعني تبعاً للظروف وطريقة قولنا لهذه الجملة إما إعطاء معلومة عن الحرارة وإما رغبتنا في إقفال الشباك. يمكن إذاً أن تكون وصفية أو أمرية. وعلى العكس فإن النصوص القانونية التي تشتمل على أوامر غالباً ما تصاغ بصيغة التعيين à titre indicatif. هكذا فإن المادة ١٠ من الدستور الفرنسي للعام ١٩٥٨ التي تنص على أن: "رئيس الجمهورية ينشر القوانين خلال الخمسة عشر يوماً التي تلي إحالة القانون المُقَر بصورة نهائية إلى الحكومة"، لا تصف عادة اعتاد عليها رؤساء الجمهورية الفرنسيين بل تأمر صاحب هذا المركز بنشر القوانين. إذاً لتحديد طبيعة البيانات énoncés يُنظر قبل أي شيء إلى وظيفتها أو معناها. يقال إن بياناً ما يحمل معنى تعيينياً أو أمرياً، يعبر عن إقتراح تعييني (أو مجرد إقتراح) أو إقتراح أمري (أو مجرد أمر). وعلى العكس إن الإيعاز أو الأمر يمكن أن يعبَّر عنه ببيانات جد متنوعة. فالأمر الذي يقول بأن السارقين يعاقبون بالسجن يمكن أن يعبَّر عنه بثلاثة أشكال: يجب أن يعاقب السارقون بالسجن؛ السارقون سيعاقبون بالسجن؛ السارقون يواجهون حكم السجن.. الخ..

هذا التمييز هو في أساس التعارض بين القانون وعلم القانون، لأن القانون تَشكَّل من نوع خاص من الإيعازات]أو الأوامر[، هي القواعد

---

١١ – كما سبق واشرنا البيان هو تعريب للفظة **énoncés** وهي تعني النصوص او أجزاء من النصوص. اخترنا هذه اللفظة لإجتناب الخلط مع **texte**.

[القانونية]، بينما علم القانون يتشكل من إقتراحات. والحال أن الأوامر والإقتراحات تختلف في نقاط عديدة.

أولاً الإقتراحات يمكن أن تكون صحيحة أو خاطئة vraies ou fausses، أما الأوامر فلا يمكن ذلك. نوعية هذه الإقتراحات لا تعني أننا نعرف دوماً إذا كانت صحيحة أو خاطئة، ولا حتى أننا نأمل في معرفة ذلك، ولكن فقط أنها يمكن أن تكون صحيحة أم خاطئة. هكذا: "ثمة حياة بعد الموت" هي مقبولة صحيحة أو خاطئة، تماماً كما الماء تغلي عند درجة المائة..

على العكس الأوامر لا يمكن أن تكون صحيحة ولا خاطئة. إزاء الأمر: لا تُدَخِّن.. لا يمكن أن نجيب : "هذا خطأ"، بل فقط "أنا أرفض الخضوع لك، أو إنك لا تملك الحق في توجيه هذا الأمر لي".

ينتج عن هذا أن علم القانون، إذا كان جملة من المعارف، أي جملة من الإفتراضات المعتَبَرة صحيحة، وإذا كان القانون جملة من الإيعازات (أو الأوامر)، فإن القانون لا يمكن بأي حال أن يكون علماً.

بعض المفكرين يدعمون فكرة أن القواعد normesيمكن أن تكون صحيحة أو خاطئة. إن صفة "صحيح أو خاطئ" لا تصح إلا في حالة القواعد الآمرة بالمعنى الكامل من نمط "لا تدخِّن"، ما لا ينطبق على حالة القواعد العادية التي تتميز عن الأوامر. وبالفعل إذا كان من غير الممكن الإجابة ب "هذا خاطئ" على "لا تدخِّن" فإنه يمكن أن نجيب على "ممنوع التدخين" ب "غير صحيح أن التدخين ممنوع".

في الواقع ترتكز هذه الأطروحة على خلط يتكرر دوماً بين البيان

والإقتراح الذي يعبِّر عنه هذا البيان. ليست البيانات هي التي يمكن أن تكون صحيحة أو خاطئة بل الإقتراحات. "لا تدخِّن" و"ممنوع التدخين" ليسا سوى بيانين لهما المعنى ذاته واللذان يمكن التعبير عنهما بصورة مختلفة: مثل "لا يجب التدخين" أو "لا يجب أن يدخن الناس"..

والحال أن هذه البيانات يمكن أن تكون إيعازات كما يمكن أن تكون إقتراحات. هي إيعازات عندما نفهم أنها تحمل إيعازاً (أمر) بكل معنى الكلمة، لا سيما عندما تصدر عن أحد الأشخاص الذين يملكون سلطة، مثل المشترع، وفي هذه الحالة الإيعاز لا يمكن أن يكون صحيحاً ولا خاطئاً. ولكن يمكن أن تكون إقتراحات إذا أطلقها من لا يملك سلطة والذي يقتصر عمله على التذكير بأمر أتخذته سلطة أخرى. هكذا إذا أكد مواطن عادي أن التدخين ممنوع في الأماكن العامة فإنه لا يمنع هو بنفسه التدخين ويمكن حتى أن يأسف لهكذا قرار. يقتصر عمله على التأكيد على وجود قاعدة تأمر بعدم التدخين.

هكذا فإن القاعدة norme ليست في مطلق الأحوال صحيحة أو خاطئة بل الإقتراح الذي يصف القاعدة. هذا الأخير يكون صحيحاً في حالة وجود القاعدة وخاطئاً في حالة عدم وجودها.

وكما أن بعض البيانات تعبِّر عن إيعازات بصورة تعيينية، كذلك فإن بيانات أخرى ذات طابع أمري تعبر عن إقتراحات. لا يجب أن نخلط بين البيانات من نوع "كي تغلي الماء يجب رفع الحرارة إلى مائة" وبين الإيعازات. رغم إستخدام فعل verbe وجوبي (déontique) فإن هذا البيان ليس بإيعاز. لا يعبِّر إلا عن قاعدة تقنية مختلفة تماماً عن القاعدة الحقيقية. هو لا يوعز بأي شيء بل فقط يصف العلاقة بين حرارة المياه

والغليـان. إنه مـجـرد إفـتـراض يمكن أن يكون صـحـيـحـاً أو خـاطئـاً والذي يمكن أن نعبر عنه بفعل غير أمري من مثل: "الماء تغلي عند درجة المائة".

على العكس إذا كانت الإيعـازات لا صحيحة ولا خـاطئة، فهي يمكن أن يُخضَع لها أو لا، يمكن أن تكون صـحـيـحـة أو لا. القول إن قـاعـدة مـا هي صحيحة هذا يعني أنه تمَّ اعـتـمادُها على يد سلطة صـالحة، بالتـماثل مع قاعدة أخرى وأنها ملزمة إستناداً إلى هذه القاعدة الأخرى؛ بمعنى آخر إنها تنتمي إلى منظومة قاعدية معينة، إن لها وجوداً داخل هذه المنظومة.

جـرت مـحـاولات أحـيـانـاً لجـعل الصـحـة القـانونيـة validité مـعيـاراً للإيعـازات يسـاوي الحـقـيقـة vérité بالنسـبـة للإقـتـراحـات، بحـيث يُلغى الفـارق بين الإقـتـراحـات والإيعازات. حقيقة إقتراح ما تـرتبط بعلاقة هذا الإقتراح مع العـالم. يكون الإقـتـراح صحيحاً إذا كان الموضوع الذي يصفه موجوداً فعلياً، وإذا كان يملك الصـفـات الملصـقـة به. على العكس، صحة أمر ما لا تـرتبط بحقيقة واقعة في العالم الخارجي. هكذا فإن الإقـتـراح "جميع الإوز بيـضـاء اللون" هو إفتـراض خاطئ طالما يوجد واحدة منهـا سوداء اللون، بينما الأمر "يجب معـاقبـة السـارقين" لا يفقد صحته إذا لم تتم معاقبة جميع السارقين. هكذا حتى لو لم يعاقَب أي سارق، فالإقتراح الذي يصف القاعدة الصحيحة "يجب معاقبة السارقين" يبقى صحيحاً.

من ناحية أخرى إذا كان بالإمكان منطقياً إستنتاج (إقرأ تفـريع dériv-er) إقتراح من إقتراحات أخرى - وبحسب بعض النظريات إستنتاج إيعاز من إيعـاز آخـر- فـإنه من المسـتـحـيل إستنتـاج إيعـاز من إفـتـراض. وهذه الإستحالة المسماة غالباً "قانون هيوم" نسبة للفيلسوف هيوم يمكن فهمها بسهولة. إذا كان الشيء هو، فهذا لا يعني أنه يجب أن يكون. من ملاحظة

أن الناس يكذبون لا يمكن الإستنتاج أنهم لا يجب أن يكذبوا (أو أنهم يجب أن يكذبوا) دون القيام مسبقاً بوضع حكم قيمي jugement de valeur بين الإقتراح والإستنتاج "الكذب فعل سيء" والأمر: "لا يجب فعل الأفعال السيئة".

لقد تمَّ نقد بعض التحاليل التي أراد البعض عبرها إستنتاج أوامر من مجرد إقتراحات، رغم بعض المحاولات المتفذلكة، ولقد اعتُبرت هذه التحاليل منتمية إلى ما يسمى السفسطائية الطبيعية[١٢] وسبب هذه التسمية يعود إلى أن موضوع إحدى المقدمات المنطقية prémisse يتشكل من واقعة طبيعية وأن هذا النوع من التحليل يميِّز بعض نظريات القانون الطبيعي.

ينتج عن هذا أن العلم الذي يصف العالم بواسطة إقتراحات لا يستطيع مطلقاً إصدار إيعازات. هو يقول ما هو، ولا يستطيع قول ما يجب أن يكون. فعلم القانون ككل علم هو غير قادر على إصدار الأوامر. يقتصر دوره على تقديم إقتراحات تُسمى "إقتراحات قانونية"، تصف قواعد، لها وجود موضوعي، مستقل عن علم القانون، فيما القانون يتشكل من هذه القواعد.

ينبغي أن يكون هذا العلم أيضاً خال من أي حكم قيمي. ومثال هذا الصفاء الذي تقدمه العلوم الإنسانية تحت إسم Wertfreiheit أو الحياد الأكسيولوجي يفسر التسمية التي أعطاها هانس كلسن لنظريته، "النظرية الصافية في القانون"؛ الصفاء هنا يميز ليس فقط القانون نفسه، غير الصافي بإمتياز، بل نظرية القانون. وتنتج إستحالة تقديم أحكام قيمية من الفكرة التي سبق عرضها والتي تقول إن القيم هي غير قابلة للمعرفة

---

١٢ – حول هذا النمط من التحاليل أنظر :

J.-L.Gardies, L'erreur de Hume, Paris , PUF, 1987.

بحيث أن الأحكام القيمية تنتج عن الإيعازات لا العكس: لا يوعزُ بضرورة سلوك مسلك معين لأنه سلوك جيد إنما السلوك يكون جيداً بالنسبة للقاعدة التي تأمر به.

يمكن أن نصف علم القانون ك"ميتالغة" (métalangage ما يتجاوز اللغة) لأن موضوعه القانون، الذي هو بذاته لغة. يسمح لنا تقديم الأمور على هذا المنوال فهم كيف يمكن بناء علم قانون مصنوع من إقتراحات فيما القانون هو فقط جملة من الإيعازات (الأوامر) التي لا يمكن أن تكون صحيحة أو خاطئة. اللغة التي تتناول القانون تتمتع بصفات مختلفة عن لغة القانون نفسه.

ب- علم وميتاعلم (أو ما يتجاوز العلم)

يؤدي التحليل الذي يتناول الميتالغة إلى اعتبار مستوى ثالث من الخطاب، هو مستوى اللغة حول علم القانون. وإذا كان علم القانون هو ميتالغة حول/عن/ القانون فإن اللغة حول علم القانون، المسماة أيضاً "أبستيمولوجيا قانونية"، تشكل ميتاميتالغة métamétalangage.

لقد لاحظ بحق نوربرتو بوبيو Norberto Bobbio في موضوع فكر كلسن أن طبيعة اللغة تتغير حسب المستويات (بوبيو، ١٩٩٨، ص ١٨٥ وما يتبع). إذا كانت لغة القانون أمرية وميتالغة علم القانون وصفية فإن لغة الدرجة الثالثة هي أمرية لأنها توصي (إقرء تأمر) ببناء علم وصفي بصورة كلية. بمعنى آخر "إنها تأمر بالوصف". والحال أن بوبيو ينتقد هذا التوجه. فهو يكتب أن الأبستيمولوجيا القانونية والتي يسميها أيضاً

"ميتاعلم" تبتعد عن أبستيمولوجيا علوم الطبيعة التي لا تأمر بشيء بل يقتصر دورها على وصف الطرق التي بواسطتها تنتج هذه العلوم معارف. ثم أن هذه الأبستيمولوجيا بحسب بوبيو لا تبيِّنُ تماماً العمل الحقيقي الذي يقوم به الذين يكتبون في القانون كأساتذة القانون على سبيل المثال، لأن هؤلاء لا يكتفون بوصف القانون بل يطلقون توصيات وأحكاماً قيمية.

إزاء هذه الحجج يمكن أن يُردَّ بأن الميتاعلم لا يمكنه أن يصف الطريقة التي بواسطتها يُنتجُ علم القانون معارف في القانون إذا كان الخطاب حول القانون لا يقدم نفسه على أنه جملة من المعارف. لا يمكن أن يكون ثمة ميتاعلم إلا حول خطاب يقدم نفسه على أنه علم. إلا أن هذا لا يعني تماماً الإيعاز بالوصف prescrire de décrire بل تعيين الصفات التي يجب أن يتحلى بها علم القانون إذا كان هذا العلم مبنياً على نمط علوم الطبيعة. بدون شك يوجد بالإضافة إلى علم القانون خطاب آخر حول خطاب القانون، هو الدوغماتية القانونية التي تتمتع بفائدة إجتماعية ظاهرة. الميتاعلم لا يعالج هذا النوع الآخر من الخطاب بل يعالج فقط إمكانية علم قانون حقيقي. والحال أنه تقوم إختلافات عديدة حول الطريقة التي يجب اتباعها لتكوين تصور حول هذا العلم.

ج- ثنائية وواحدية

السؤال الأول يكمن في معرفة إذا كان يجب على علم القانون، كي يكون علماً حقيقياً، أن يمتثل لنمط منهجي (ميتودولوجي) واحد، هو نمط العلوم الطبيعية أو على العكس إذا كان بالإمكان تصور خضوع هذا العلم لمنهجية خاصة. في أي حال هذان الخياران ليسا سوى إنعكاس إنتماء

فلاسفة القانون لمفاهيم فلسفة العلوم الأكثر عمومية (فيلا، ١٩٩١). يمكننا التمييز بين تيار واحدي وتيار تعددي.

بحسب المفهوم الواحدي يجب على جميع الفروع العلمية أن تعتمد ميتودولوجيا علوم الطبيعة وقبل أي شيء الفيزياء، بخاصة في ما يتعلق بالرقابة التجريبية للإقتراحات propositions.

ولكن يوجد أيضاً تعددية ميتودولوجية. إن الكتّاب الذين ينتمون لهذا التيار يرفضون فكرة وحدة العلم. وهذه الوحدة تتأتى من فكرة أن مهمة كل علم هي توصيل وقائع التجربة الحسية، وأن كل علم يجب أن ينكب حصراً على وصف موضوعه وأن يستطيع مراقبة الإقتراحات تجريبياً. ولكن هؤلاء الكتّاب يعتبرون أنه يوجد، حسب المجالات، مفاهيم مختلفة حول ما يشكل التجربة، كما الرقابة التجريبية. ينتج عن هذا تعدد في المناهج المعتمدة، دون أن يكون أي علم قادراً على أن يقوم بالنسبة للعلوم الأخرى بدور النمط، ما يسبغه بعض المفكرين على مادة الفيزياء. حتى أن البعض الآخر لا يستبعدون إمكانية أن تستوحي العلوم الطبيعية من العلوم الإنسانية.

نفهم هكذا أن يَطرح السجال حول علم القانون أساساً نقطتين: هل يمكن أن نجد في القانون ما يوازي الوقائع التجريبية وفي حال الإيجاب كيف يمكن مراقبة إقتراحات علم القانون؟

هذا السجال لا يهم الذين يرفضون التمييز بين علم القانون والقانون أو الذين لا يتصورون علم قانون إلا كعلم يُنتج قواعد (كالينوسكي، ١٩٦٩). يقوم هذا السجال فقط ضمن التيار الوضعاني بين مؤيدي مفهومين حول موضوع القواعد القانونية. بما أن هذين المفهومين هما تمثلات لطبيعة

القواعد نفسها فهما يتصفان بالأنطولوجيا. حسب المفهوم الأول، المسمى "هيليتي"[١٢] hylétique، القواعد هي كيانات مثالية تنتمي إلى عالم "وجوب الكون " devoir être، المتميز والمنفصل عن عالم الكينونة. حسب المفهوم الثاني المسمى أحياناً "المفهوم التعبيري" القواعد هي فقط وقائع، تعبير عن إرادات إنسانية. في فلسفة القانون المعاصرة نجد أنموذجاً عن المفهوم الأول في التيار القواعدي normativiste، فيما الثاني يمثله التيار الواقعي.

د- مفهوم هانس كلسن

إن إرادة بناء علم قانون حسب نمط العلوم التجريبية يصطدم بصعوبة بالغة وهي أن جميع العلوم التجريبية تستند إلى وقائع فيما القانون ليس جملة من الوقائع التجريبية بل قواعد (قانونية).

إنطلاقاً من هذه الملاحظة تبدو إمكانيتان يستبعدهما كلسن كلاهما: بناء علم خاص يرتكز ليس على وقائع بل على قيم وقواعد أو إختزال القانون إلى وقائع. هو يرفض الطريق الأول، طريق القانون الطبيعي المعاصر، لأنه يَعتبر أساساً أن القيم ليست قابلة للمعرفة. فالذين ينتمون إلى تيار القانون الطبيعي المعاصر لا يستطيعون إذاً وصف قيم أو قواعد لها وجود موضوعي بل فقط التعبير عن مفاضلاتهم الموضوعية.

ولكن لا يمكنه أيضاً القبول بالتماثل بين القواعد والوقائع كما كانت تفعل ذلك الوضعانية التقليدية التي كانت ترى في القاعدة القانونية إما إيعازاً يشتمل على تهديد بالعقاب وإما تعبيراً عن إحتمال سلوك معيَّن للبشر. التماثل بين القاعدة والإيعاز ليس مقبولاً لأن جميع الإيعازات ليست بالضرورة إلزامية. يفسر هارت Hart هذا الموقف بكثير من

١٢ - من Hylé وتعني المادة.

الوضوح: الإيعاز (الأمر) الذي يوجهه السارق عندما يقول لضحيته "إما النقود إما الحياة" لا يختلف كثيراً عن أمر جابي الضرائب: "إن لم تدفع الضريبة المتوجبة قبل التاريخ المحدد فإنك تعرض نفسك لغرامة".

في الحالين نكون أمام أمر مرتبط بتهديد عقابي. مع أننا في الحالة الأولى لسنا ملزمين بتسليم النقود. نحن فقط مكرهون لفعل ذلك. في الحالة الثانية نحن أيضاً مضطرون للدفع ولكن بالإضافة إلى ذلك نحن ملزمون. رغم أن الوصايا العشر تأتي من الله فلا إلزام لتطبيقها إلا إذا افترضنا أن ثمة قاعدة عامة تقول بوجوب الخضوع لوصايا الله العشر. إن الإعلان عن أمر (أو وصية) هو واقعة ولكن هذه الواقعة ليست قاعدة.

كذلك لا يمكن إختزال القاعدة في سلوك، كما يريد ذلك علماء إجتماع القانون، ولا يقبل كلسن بهذه الوجهة الوضعانية، تماماً كما لم يعتمد القانون الطبيعي المعاصر، للأسباب ذاتها المستنتجة من الفصل بين الكينونة ووجوب الكينونة: إن التأكيد "أن شيئاً ما هو" لا يحمل المعنى ذاته الذي تحمله عبارة "أن شيئاً يجب أن يكون". هكذا فإن القول إن بيار ملزم بدفع مبلغ ألف فرنك لبول لا يساوي القول إن ثمة إمكانية أو إمكانية كبيرة أن يدفع بيار هذا المبلغ. يمكن تماماً تصور أن يدفع بيار هذا المبلغ دون أن يكون ملزماً بذلك، أو على العكس أنه ملزم بذلك ولكنه لا يدفع.

جهد كلسن لإيجاد طريق ثالث بعد أن رفض الوضعانية القانونية التقليدية مثل نظرية القانون الطبيعي المعاصر. من القانون الطبيعي المعاصر استقى كلسن فكرة أن القانون ليس جملة وقائع بل قواعد إلزامية؛ ومن الوضعانية فكرة أن العلم يجب أن يقتصر دوره على وصف موضوعه وعدم الإدلاء بأي حكم قيمي. إن علم القانون غير القادر على إصدار أوامر

أو وصف وقائع، عليه وصف ليس "ما هو" بل "ما يجب أن يكون". ووجوب /واجب/ الكينونة هذا الذي يجب أن يصف علم القانون هو وجوب كينونة موضوعي، مستقل عن إرادة ومفاضلات من يقوم بهذا الوصف. ما يجب أن يكون بحسب القانون: هذا هو موضوع الإقتراحات القانونية.

لكن كلسن يرى أن النظرية الصافية (المحض) للقانون هي نظرية وضعانية. بنظره علم القانون له صفات كل علم تجريبي دون أن يكون له موضوع تجريبي: فهو بالتالي يتميز عن موضوعه؛ هو يصف واقعاً موضوعياً لأن موضوعه هو القانون الوضعي حصراً؛ يتألف علم القانون من إقتراحات؛ هذه الإقتراحات تكون صحيحة أم خاطئة بحسب مبدأ "الحقيقة-المتقابلة"، أي تبعاً لوجود أو عدم وجود قاعدة مقابلة للإقتراح. في الحقيقة يرفض كلسن القانون الطبيعي بكليته ما عدا فكرة أن القانون هو واجب-كينونة لأنه يرفض فكرة وجود قانون طبيعي ويرى أن علم القانون إذا كان يصف قواعد إلزامية فهو لا يأمر ولا يوصي حتى بالخضوع لها.

إلا أن هذا الموقف الأبستيمولوجي: بناء علم يقتصر دوره على الوصف، مع إعطائه القاعدية normativité كموضوع خاص، هو صعب الإعتماد بحيث أدى ذلك إلى سيل من الإنتقادات لنظرية كلسن، منها مبرَّر ومنها غير مبرَّر.

فالنقد الأكثر شهرة والذي يصدر عن وضعانيين آخرين يقول إنه لا يوجد فارق كبير بين التأكيد بأن الأمر الذي يصدره جابي الضرائب يعبر عن قاعدة صحيحة أو إلزامية وبين الإيعاز prescription الذي يطالب بالإلتزام بهذا الأمر. يوافق ألف روس Alf Ross على أن الإفتراض "أمر

الجابي بدفع الضريبة هو قاعدة صحيحة وإلزامية" يوازي الإيعاز "يجب دفع الضريبة" والذي هو قاعدة أدبية. هكذا فإن كلسن يكون قد قطع مع المبدأ الوضعاني الذي أعلنه هو نفسه (روس، ٢٠٠٢). يكون هكذا شبه وضعاني، أي في الواقع من أتباع القانون الطبيعي المعاصر. كذلك بحسب راز Raz الإقتراح القاعدي، سواء أكان إقتراحاً أدبياً أو إقتراحاً قانونياً "يعبِّر عن القناعة بوجود قاعدة صحيحة والقاعدة تشكل بذاتها قيمة"[١٤]. يغدو هكذا كلسن إدراكياً cognitiviste.

هذا النقد ليس مبرراً تماماً. لأنه ينطلق من خلط بين الإلتزام الأدبي الذي يمكن أن يكون مطلقاً والإلتزام القانوني (أو الصحة validité) النسبي وحسب. أي فارق بين أمر الجابي الإلزامي وأمر السارق غير الإلزامي؟ لا يجب الإجابة على السؤال إلا بالإستناد إلى قاعدة، مختلفة عن قاعدة الجابي وأعلى منها تأمر بالخضوع له وبدفع الضريبة. هذه القاعدة هي قانون المالية، أي الموازنة. لا يوجد أي قاعدة شبيهة بما يخص السارق. يكون أمر الجابي صحيحاً أو إلزامياً فقط تبعاً لقاعدة عليا. والحال أنه لا يوجد أي إلتزام أدبي في الخضوع لدفع هذه الضريبة، كما يمكن تصور منظومة أدبية تشتمل على قاعدة تأمر بعدم دفع الضريبة إذا كانت تُستخدم بصورة غير صحيحة. ولكن حتى لو كنا نعتمد هذا المنحى الأدبي (ضرورة عدم دفع الضريبة) فإنه يجب علينا أن نؤكد أنه حسب القانون يجب دفع الضريبة. هكذا تكون خاطئة فكرة أن علم القانون عندما يؤكد أن قاعدة ما هي صحيحة يطلق إيعازاً.

هكذا، فإن التأكيد على أن قاعدة ما هي إلزامية لا يعني التأكيد على أنها إلزامية مطلقاً أو أدبياً بل أنها إلزامية بالنسبة لقاعدة أعلى. هذا

---

١٤ - جوزف راز، Pratical reasons and norms، Princeton University Press، الطبعة الثانية، ١٩٩٠.

الإلزام، ولا شيء غيره، ما يسميه كلسن "إلزاماً موضوعياً" لأنه موضوع ليس بالإرادة الذاتية للشخص الذي يطلقه (الجابي مثلاً) بل بقاعدة عليا، القانون، ذي الوجود الموضوعي. ولكن تجدر الإشارة إلى نقطة مهمة توقَّف أمامها كلسن بقوة وهي أن القواعد، إذا كانت إلزامية موضوعياً، أي بالنسبة لقواعد عليا، فإن القانون بمجمله لا يمكن أن يكون هو إلزامياً. على العكس النظرية الصافية للقانون (مؤلف كلسن الشهير) تحاول القضاء على المفهوم الخاطئ والقديم جداً الذي طالما اعتبر أن القانون إن هو إلا منظومة قواعد تتمتع بصحة قاعدية موضوعية.

بما يخص الإقتراحات التي يصف بها علم القانون القواعد يلاحظ كلسن أنه لا يمكن التعبير عنها إلا عبر أفعال وجوبية (ديونتية) déon-tique. هكذا فإن القاعدة "يجب أن يعاقَبَ السارقون" لا يمكن أن توصف إلا بإقتراح قانوني له الشكل اللغوي ذاته "يجب أن يعاقَبَ السارقون". في هذه الحالة الأخيرة نحن أمام إفتراض لا أمام قاعدة. بدليل إمكانية أن يكون صحيحاً أو خاطئاً. يكون الإقتراح صحيحاً في حالة واحدة هي عندما يوجد، في منظومة القانون، ثمة قاعدة تأمر بمعاقبة السارقين وخاطئاً إذا كانت هذه القاعدة غير موجودة. لذا فإن أستاذ القانون عندما يطلق هذا الإقتراح لا يعبِّرُ عن إرادته بضرورة معاقبة السارقين، بل فقط عن الفكرة التالية: "إذا شئنا التوافق مع قانون هذا البلد المعيَّن، إذاً يجب معاقبة السارقين".

على أن أطروحة كلسن تصطدم بصعوبات شديدة مرتبطة بمفهومه الهيليتي (المادي) hylétique للقواعد (القانونية). نكتفي بذكر إثنتين.

الصعوبة الأولى تتعلق بالعلاقات بالمنطق. إذا كان ثمة إقتراح صحيح،

يمكن أحياناً إستنتاج إقتراح آخر صحيح. هكذا إذا كان صحيحاً أن كل الثدييات هي من الفقريات، وإذا كان الفيلة هي من الثدييات، صحيح إذاً أن الفيلة هي من الفقريات. ولكن لا يمكن إستنتاج إقتراح قانوني من آخر بنفس الطريقة. فمن الإقتراح القانوني العام بحسب القانون الفرنسي "يجب معاقبة جميع السارقين" لا يمكن إستنتاج الإقتراح الخاص "السيد فلان هو سارق إذاً يجب أن يعاقب"، لأن القاعدة المقابلة لا توجد في القانون الوضعي طالما لم تصدر فعلياً عن قاض. من الممكن أن لا تصدر أبداً هذه القاعدة بحيث أن الإقتراح القانوني رغم صحته منطقياً يمكن أن يكون خاطئاً.

الصعوبة الثانية تتعلق ببناء علم. يجب أن يتمكن كل علم من تحديد الشروط المفروضة كي تعتبر إقتراحاته صحيحة. والحال أن الإقتراح القانوني يصف قاعدة وهذه القاعدة تكون صحيحة إذا كانت القاعدة المقابلة قائمة في القانون الوضعي، أو بمعنى آخر إذا كانت صحيحة. والحال أيضاً أن علم القانون غير قادر على قول إذا كانت القاعدة قائمة فعلاً. وبالفعل إذا لم تكن الصحة la validité صفة تجريبية فإنه لا يمكن رصدها. بدون شك تكون القاعدة صحيحة بحسب كلسن إذا وُضعت بالتوافق مع قاعدة عليا. يجب إذاً أن تكون هذه القاعدة العليا قائمة ولكن كيف يمكن معرفة إذا كانت موجودة؟ لقد تمَّ إستبعاد المسألة ولكن يستحيل أن يكون ذلك إلى ما لا نهاية. القاعدة العليا هي بذاتها صحيحة إذا وُضعت بالتوافق مع قاعدة أعلى وهكذا وصولاً إلى الدستور. والحال أن صحة الدستور لا يمكن التبين منها بنفس الطريقة لأنه لا يوجد قاعدة أعلى من الدستور.

في نهاية حياته تخلى كلسن عن المفهوم الهيليتي للقواعد واقترب من المفهوم التعبيري للواقعيين.

هـ- المفاهيم التجريبية

إن المحاولة الأكثر كمالاً لبناء علم قانون تجريبي حقيقي (وليس فقط، كما يذهب إلى ذلك كلسن، علم يتم تصوره حسب نمط العلوم التجريبية) قام بها الواقعيون. يجب أن يتشكل هذا العلم من إفتراضات يمكن التحقق منها. ما يفترض أن تشتمل ليس على وجوب الكينونة ولكن على الكينونة، أي على وقائع يمكن رصدها.

بنظر ألف روس Alf Ross، أحد ممثلي التيار الواقعي الرئيسيين، هذه الوقائع هي نفسانية-إجتماعية. قبل أي شيء الموضوع يخص سلوك القضاة. فالقواعد لا تقوم (لا توجد) إلا بقدر ما هي مطبَّقة فعلياً. وصفُ القانونِ القائم هو إذاً فقط وصف القاعدة التي يطبقها (يُعملها) القاضي فعلاً. وسوف يسمح هذا المفهوم لعلم القانون أن يُنتج بيانات énoncés تنبؤية لسلوك القضاة. بحسب مقولة شهيرة لواقعي réaliste أميركي في بداية القرن العشرين "التنبؤات أو الإستباقات حول ما ستفعله المحاكم فعلاً، ولا شيء غير ذلك، هذا هو القانون برأيي"(١٥).

لكن الصعوبة تتأتى من واقع أن هذا العلم إذا كان تجريبياً فعلاً، فهو يفقد كل خصوصية ويصبح غير قابل للفصل عن السوسيولوجيا والسيكولوجيا. إذا كان علينا وصف وتنبؤ سلوك القاضي لا يجب فقط البحث عن القواعد التي يطبقها بل عن الحزب الذي ينتمي إليه، الكنيسة التي يزورها. حتى أن البعض هزأ بهذه النظرية قائلاً إن قرار القاضي

١٥ - أوايفييه وندل هولس، The path of the law، Harvard law Review، X(8)، ١٨٩٧، ص ٤٥٧ وما يتبع.

مرتبط إذاً بمزاجه، وبما أكل وشرب.

ثمة صعوبة أخرى متعلقة بالقواعد. إذا أعمل القضاة هذه القواعد فإنه ينبغي أن تكون موجودة قبل هذا الإعمال وأن يعتبرها القضاة إلزامية، كما يذهب إلى ذلك روس Ross. ولكن إذا سألنا لماذا هذه القواعد تُعتبر إلزامية يجب الإجابة: لأنها متوافقة مع قاعدة عليا وهكذا نعود إلى المقولة الكلسنية.

ولكن بالنسبة لواقعيين آخرين إذا كان القانون موضوعاً تجريبياً objet empirique فهذا بداية لأنه جملة من النصوص والبيانات énoncés: دستور، قوانين، مراسيم. لهذه البيانات دور أمري ولكن معناها غير مرتبط بها. يُمنح معناها بفضل نشاط القانونيين، بعد جهد تفسيري. فالنصوص، كما نشاط القانونيين، هي وقائع والإقتراحات القانونية هي فقط أحكام من الواقع.

٢- موضوع علم القانون وتعريف القانون

لأنه ينبغي على علم القانون وصف موضوعه الذي هو القانون فإنه يهم البدء بتعريف القانون. تعريف القانون لا يتم إنطلاقاً من جوهره ولا من علاقته بالعدالة ولا من وظيفته الإجتماعية. ما يجب عمله هو تحديد ما يمكن دراسته على ضوء علم خاص.

تجدر الإشارة إلى أن تعريفات القانون، إذا كانت عديدة ومتنوعة إلى هذه الدرجة، فذلك لأنه لا يوجد في العالم التجريبي أي واقع قابل للرصد مباشرة يمكن إعطاؤه تسمية "قانون" أو كلمة موازية في لغة

أخرى. ثمة فقط سلوكات إنسانية يمكن فهمها حيناً من وجهة نظر قانونية وأحياناً أخرى من وجهات نظر أخرى.

وما نقوله ينسحب أيضاً على مواضيع متعددة. لا يحدَّد مثلاً الدين بذات الطريقة من قبل أحد رعايا هذا الدين، من أحد علماء الإجتماع أو من المشترع المهتم بقمع بعض الممارسات العصبوية.

يمكن الإعتقاد إن القانون يتمتع بخصوصية وهي أنه يحدد نفسه بنفسه. لنأخذ المثال التالي: مجموعة من الرجال والنساء في صالة. البعض يتكلم والآخر يجيب. بعد حين بعض الرجال يهزون جرساً صغيراً؛ بعض الرجال يرفعون أيديهم والبعض الآخر لا يفعل ذلك. من وجهة نظر لغوية يمكن طرح التساؤل حول شكل هذه الخطب discours؛ ومن وجهة نظر سوسيولوجية حول التكوين المهني للمجموعة؛ ومن وجهة نظر سيكولوجية حول عواطفهم المتبادلة؛ ولكن من وجهة نظر قانونية لا يهم كل هذا. من الوجهة القانونية يمكن تفسير ما حصل كتصويت على قانون في جمعية برلمانية. إنطلاقاً من معرفة طبيعة الخطب أو العواطف المتبادلة لأعضاء المجموعة، إنه لمن المستحيل القول نعم أو لا حصل التصويت على القانون. لا يمكن تأكيد ذلك إلا بعد البحث عما إذا كانت هذه السلوكات قائمة بالتوافق مع أحكام الدستور في موضوع إصدار القوانين. فقط في حالة التوافق يمكن القول إنه تمَّ اعتماد قرارمعين بالأغلبية، وإن هذا القرار هو قانوني ويحمل إسم القانون. هو إذاً القانون droit الذي يحدد سلوكاً إنسانياً كخالق créateur للقانون ولِما ينتجه هذا القانون، أي القانون البرلماني loi، بما هو من القانون comme étant du droit.

يمكن مع هذا أن تتراءى لنا إمكانية الإستنتاج بأن علم القانون ليس بحاجة لتحديد موضوعه وأنه يكفيه إعادة إنتاج تحديدات القانون نفسه. والحال أن تحديد (تعريف) الدستور للقانون التشريعي ليس له بالواقع صفةُ وصفِ الميزات الأساسية للقانون ولا كيفية إستخدام كلمة قانون loi في اللغة العادية. إنه إيعاز (أمر) prescription. يأمر الدستور بأن تُعتبر قانوناً وبأن تسمى قانوناً القاعدة التي أُقِرَّت بحسب أصول معينة وعلى يد سلطة معينة. هكذا فإن علم القانون الذي يصف القواعد بواسطة إفتراضات قانونية يمكنه أن يعرِّف القانون التشريعي واصفاً بواسطة إقتراح، القاعدة الدستورية التي تعرِّف القانون.

رغم هذا لا يمكن التوقف هنا. يمكن أن نتصور أن مجموعة معينة من الرجال والنساء، من اللاعبين أو من نزلاء مشفى أمراض عقلية تجتمع وتكتب نصاً دستورياً وتقرر أن هذا النص قد تم اعتماده، ثم تكتب وتقر قواعد بالتوافق مع الأصول التي يلحظها الدستور. بنظر هذا الدستور هذه القواعد هي قوانين. فهل هذا يعني أن على علم القانون أن يعتبرها قوانين بالمعنى التشريعي؟ الجواب هو بالتأكيد سلبي. فهذه القواعد ليست قوانين تماماً كما ليست دراهم بالمعنى الإقتصادي تلك النقود التي نلعب بها في لعبة المونوبولي.

يجب ان يكون الدستور الذي يحدد القانون دستوراً حقيقياً وليس دستوراً مزعوماً. ولكن ما هو الدستور الفعلي؟ لا يمكن الإجابة على هذا السؤال كما فعلنا ذلك بالنسبة للقانون، أي بالرجوع إلى قاعدة عليا لأنه لا يوجد قاعدة أعلى من الدستور. هكذا فإن علم القانون لا يمكنه أن يصف قواعد قبل أن يتمكن من التأكد من أنها قواعد، كما لا يستطيع

العلم الإكتفاء بتعريف من داخل القانون ذاته. لا يمكن الإستغناء عن تعريف من خارج القانون، عن تعريف للقانون منظوراً إليه بصورة عامة، وبصورة مستقلة عن تعريف هذه أو تلك الفئة من القواعد، وهذا التعريف لا يمكن أن يقدِّمه علم القانون بل فقط ما يتجاوز العلم métascience، أي فلسفة القانون أو النظرية العامة للقانون.

في الواقع ثمة تعريفات كثيرة للقانون؛ سوف نكتفي بتلك التي تعتمدها غالباً فلسفة القانون المعاصر.

أ - كلسن: القاعدة الأساسية والفعالية

ينطلق هانس كلسن من ملاحظة أنه يستحيل تعريف قاعدة قانونية بصورة منعزلة. رأينا أنه يستحيل تحديدها بالتهديد العقابي وتمييزها عن الأمر الذي يوجهه السارق. كذلك من المستحيل تعريفها بمحتواها وتمييزها عن الأنواع الأخرى من القواعد لأن ثمة قواعد غير قانونية ولكن مع هذا يمكن أن تحمل المحتوى ذاته. فالقاعدة القانونية يمكن أن تأمر مثلاً بدفع الضرائب أو تمنع القيادة في حالة السكر ولكن يمكن أن تأمر بهذا أيضاً القواعد الأدبية أو الدينية.

يلاحَظُ أن هذه الصعوبة ليست خاصة بالقواعد القانونية. لا يمكن كذلك تعريف قاعدة دينية أو أدبية إنطلاقاً من محتواها أو نمط العقوبة الموقَّعة في حالة عدم الخضوع لأنه في هذه الحالة يجب أن نسمي قاعدةً دينية أو أدبية الأمرَ الذي يصدر عن أحد الأفراد يطلب فيه باسم الله القفز كل صباح على رِجل واحدة حول طاولة تحت طائلة العقاب الأبدي. الحل الوحيد إذاً يكمن في أن نسمي قاعدةً تلك المتوافقة مع قاعدة

أخرى، إما لأنها نشأت بفعل سلطة منحتها هذه القاعدة، إما لأن محتواها يجب أن يُعتبر مستنتجاً من محتوى القاعدة العليا. بمعنى آخر القاعدة سواء كانت قانونية، أدبية أو دينية هي تلك التي تنتمي إلى منظومة قواعد أو منظومة قاعدية، تُسمى أيضاً نظاماً قاعدياً ordre normatif. تكون القاعدة قانونية إذا كانت تنتمي إلى منظومة أو نظام قانوني وكذلك تكون القاعدة أدبية إذا كانت تنتمي إلى منظومة الأخلاق أو نظام الأخلاق (أو الأدب).

غير أن تعريف القانون كمنظومة قانونية يطرح أيضاً نمطين من الصعوبات.

أ-١ القاعدة الأساسية

الصعوبة الأولى تكمن في طريقة تحديد القاعدة الأعلى. إذا اعتبرنا أن هذه أو تلك القاعدة المعينة هي قانونية لأنها متوافقة مع قاعدة أعلى، فإن هذه الأخيرة يجب أن تكون هي نفسُها قاعدةً قانونية: يجب إذاً أن تكون متوافقة مع قاعدة أعلى أيضاً وأيضاً. هكذا فإن العقد هو قاعدة قانونية إذا كان متوافقاً مع قانون والقانون مع الدستور. ولكن لا يوجد قاعدة أعلى من الدستور. الحل لدى كلسن هو في إفتراض قاعدة أساسية. للقاعدة الأساسية بعض الخصوصيات. بخلاف القواعد الأخرى للمنظومة فهي لم توضع على يد سلطة معينة بل هي فقط مفترضة. يقال أيضاً إنها مقولة إفتراضية hypothétique ولكن ليست مقولة شبيهة بالمقولات الإفتراضية العلمية. فهي لا يمكن التحقق منها. أكثر من هذا نعرف أنه لا يوجد قاعدة كهذه وأنها لا تشكل جزءاً من القانون الوضعي.

ولكنها مقولة إفتراضية أو إفتراض مسبق ضروري كي نستطيع إعتبار الدستور كقاعدة. وهذه القاعدة الأساسية ليس لها محتوى. وظيفتها الأولى التمكن من تعريف و"كشف هوية"(١٦) الدستور كقاعدة صحيحة. هكذا يصبح الدستور قادراً على تحديد القانون كقاعدة قانونية صحيحة والتي تستطيع بدورها تحديد قواعد أخرى. شيئاً فشيئاً إذاً تسمح القاعدة الأساسية بالتعرف على جميع القواعد القانونية وبإعتبار أن مجموعة معينة من الأوامر تشكل منظومة قاعدية.

إن إفتراض القاعدة الأساسية هو إذاً التأكيد أن مجموعة من القواعد تشكل بالفعل قانوناً وأنها موضوع علم القانون. بسبب تقديم نظريته أحياناً بصورة غير منظّمة فإن نظرية كلسن كانت عرضةً لبعض الإنتقادات. ولكن عندما نعيد صياغتها إنطلاقاً مما أراده فعلاً كلسن فإنه يمكن رد هذه الإنتقادات. أحد هذه الإنتقادات يقول: لأن القاعدة الأساسية تؤسس لصحة الدستور فإنها بالتالي تأمر بالخضوع له. وهنا لا شيء يميز هذه النظرية عن نظرية القانون الطبيعي لأنه في الحالين أساس الصفة الإلزامية للقانون الوضعي يتم البحث عنه في قاعدة غير موضوعة.

في الواقع هذا النقد يرتكز على الفكرة الخاطئة التي تقول بأن الصحة validité هي دوماً مرادفة للصفة الإلزامية. والحال أننا رأينا أن القاعدة القانونية لا يمكن أن تكون إلزامية إلا بالنسبة لقاعدة قانونية أخرى. فالقاعدة الأساسية التي لا تنتمي إلى المنظومة القانونية لا يمكن أن تشكل أساس الصفة الإلزامية للدستور. من الناحية الأدبية فقط يمكن التأكيد أن الدستور إلزامي وأن لا علم القانون ولا ما بعد علم القانون

١٦ - محاولة تعريب لعبارة **identifier**.

يمكنهما إطلاق أوامر أدبية. هكذا فإن الصحة تعني ببساطة الإنتماء إلى المنظومة القانونية، أن بياناً énoncé يملك طبيعة القاعدة القانونية. هذه حالة الدستور كما القانون بصورة عامة. أن نَصِفَ نظاماً قاعدياً بأنه قانوني لا يعني إطلاق قاعدة أدبية: "يجب الخضوع إلى القواعد التي تؤلف هذا النظام".

إن القاعدة الأساسية ليست إذاً قاعدة حقيقية بل قراراً إبستيمولوجياً: قرار اعتبار وتناول مجموعة معينة من القواعد، يحتل فيها الدستور المكانة الأعلى، كمنظومة قانونية. هذا هو القرار الذي يسمح بتناول العمل الذي تقوم به مجموعة من البرلمانيين، والذي عرضنا له قبل حين، من وجهة قانونية وليس سوسيولوجية أو سيكولوجية.

زعم بعضهم أيضاً أن نظرية القاعدة الأساسية إن هي إلا حشواً tautologique[١٧] قالوا إنه يمكن الإجابة على السؤال: "لماذا أمر الجابي هو قاعدة صحيحة؟"، إستناداً إلى القانون الذي يتيح للجابي الأمر بدفع الضريبة. وعلى السؤال: "لماذا القانون هو قاعدة صحيحة" بالرجوع إلى الدستور الذي يأمر بإعتبار القانون قاعدة صحيحة. وعلى العكس، على السؤال: "لماذا الدستور هو قاعدة صحيحة؟" لا يجيب كلسن إلا بالتالي: الدستور هو قاعدة صحيحة لأننا نفترض أنه صحيح.

هنا أيضاً يتجاهل النقد أهمية نظرية القاعدة الأساسية التي لا تصبو مطلقاً إلى الإجابة على السؤال: "لماذا الدستور هو قاعدة صحيحة؟". فالصحة بالنسبة لهذه النظرية ليست صفة يمكن البحث عن أصلها أو أساسها. هذه النظرية تصبو فقط إلى إبراز قرار علم القانون في تحديد موضوعه عبر تحديد القواعد التي يصفها بواسطة إقتراحات قانونية.

---

١٧ – زيادة غير مفيدة. (إضافة من المترجم).

إلا أن هذا الدفاع عن القاعدة الأساسية يطرح مسألة جديدة: ما هي مجموعة القواعد التي ينبغي تناولُها كمنظومة قانونية؟ لا يمكن أن يكون القرار تعسفياً بالكامل وهذه المجموعة يجب أن تحمل بعض الصفات الموضوعية.

أ-٢- الأمر الإكراهي

لأن القانون هو نوع من جنس "المنظومات القاعدية" فإنه من المهم تمييزه عن الأنواع الأخرى من ذات الجنس مثل الأخلاق أو الدين. يستخدم كلسن بهذا الهدف معياراً بسيطاً: القانون يأمر بأعمال مشروطة بالعقاب وبالإكراه، الفيزيائي خاصة. يضيف أن القانون يحتكر الإكراه. ما لا يعني أن جميع القواعد تأمر بسلوكات تحت طائلة التهديد بالإكراه الفيزيائي، بل يعني هذا أن القانون بصورة عامة يحل المشاكل والسلوكات الإنسانية بهذه الطريقة. وهذا لا يعني كذلك أن أي إكراه لا يُمارَسُ في الواقع خارج القانون بل يعني أن أي عمل إكراهي لا يكون مشروعاً إن لم تأمر به قاعدة قانونية.

نصطدم هنا بصعوبتين. الأولى تندرج في إطار الإفتراض الذي عرضنا له والمتعلق بالنصوص التي يكتبها نزلاء مشفى المجانين. كأننا بهذه المجموعة أمام منظومة قانونية لأن كل بيان يأخذ معناه من علاقته مع بيان آخر من درجة عليا. هل يجب إذاً أن نفترض أن لهذه المجموعة قاعدة أساسية، والقول إن "الدستور" هو قاعدة صحيحة وأننا أمام نظام قانوني؟

هنا وأمام هذه النقطة بالذات نفهم كل أهمية نظرية القاعدة

الأساسية كقرار décision. إن قيمة قرار ما ترتبط بفائدته. يجب أن نفترض مسبقاً قاعدة أساسية لمنظومة قاعدية إذا، وفقط إذا أردنا تناولَها كقانون، لأننا نجد لها فائدة عملية أو نظرية، مثلاً إذا أردنا تناول هذه المنظومة كموضوع لعلم القانون. أطروحة كلسن هي أنه لا يجب أن نسمي قانوناً - مع إفتراض قاعدة أساسية- إلا ما يبدو نظاماً إكراهياً فعالاً "بصورة تقريبية وعامة". هذه العبارة الأخيرة تعني أنه من المستحيل أن تكون جميع القواعد دوماً فعالة، ولكن يجب بصورة عامة أن يسلك أعضاء المجموعة الإنسانية مسلكاً متوافقاً مع القانون. إذا تحقق هذا الشرط الواقعي تكون المنظومة مشتملة على موضوع مفيد لعلم القانون. لا ينبغي إذاً تناول منتوج نشاط نزلاء المشفى النفساني كقانون.

الصعوبة الثانية معاكسة. عندما تناولنا الفارق بين أمر الجابي وأمر السارق اعتبرنا أن الأول يتصرف بالتوافق مع قاعدة عليا، فيما السارق لم تأذن له بذلك أي قاعدة أخرى. مع أنه بالإمكان تصور أن هذا السارق ينتمي لمجموعة من النوع المافياوي وأنه ينفذ أمر رئيس العصابة، الذي يخضع بدوره لرئيس. الأوامر هذه تشكل منظومة مشابهة للمنظومة القانونية وبخلاف النصوص المُنتَجة في المشفى النفساني لا شك بفعاليتها.

لتجاوز هذه الصعوبة يجب أن نعتبر أن النظام القانوني يحتكر الإكراه بحيث أن الأعمال الإكراهية لعصابة السارقين ليست من هذه الوجهة عقوبات بل جرائم. بدون شك يمكن الإعتقاد إنه بنظر عصابة السارقين الإكراهات المجرمة هي تلك التي يضعها النظام القانوني (إقرأ الدولة). ولكن يكفي البحث بين المنظومتين عن التي هي أكثر فعالية. إذا كانت

منظومة السارقين هي الأكثر فعالية لا ضير من اعتبارها منظومة قانونية (وإتخاذها كموضوع لعلم القانون) لأن هذه التسمية لا تعني الأمر بالخضوع لهذه المنظومة. والحال أنه يحصل غالباً أن مجموعة متمردة تعتبرها الحكومة عصابة من السارقين ثم تفرض نفسها على جزء من الإقليم. في هذه الحالة، من وجهة نظر علم القانون يجب أن نعتبر أن ثمة منظومتين قانونيتين فعالتين وأن نفترض قاعدة أساسية لكل منهما.

ب - هارت Hart وقاعدة التعرُّف reconnaissance

تحليل هارت لا يختلف جذرياً. هو أيضاً يفهم القانون على أنه منظومة متشكلة من نمطين من القواعد: من ناحية، القواعد الأساسية أو الأولية التي تأمر أو تمنع بعض السلوكات؛ من ناحية أخرى القواعد الثانوية التي تسمح بخلق وتبديل أو إلغاء القواعد الأولية. القواعد الأولية تنشئ واجبات، القواعد الثانوية تمنح سلطات. ولكن كيف نتعرف على القواعد التي تشكل جزءاً من المنظومة؟ المشتغلون في القانون، وبخاصة المحاكم، يُعملون قاعدة تَعرُّف تستند إلى عدة معايير: في أنكلترا مثلاً، القواعد التي هي جزء من المنظومة هي التي يُعبِّر عنها عمل برلماني أو تلك المتفرعة من عمل برلماني.

لا يُعبَّر عن قاعدة التعرف هذه بصورة صريحة. ينبثق وجودها من الممارسة الفعلية للمحاكم والسلطات الرسمية الأخرى. كالقاعدة الأساسية، هي ليست صحيحة ولا تقوم وظيفتها على التأكد من صحة القواعد الأخرى، إلا إذا افترضنا أن الصحة لا تعني الصفة الإلزامية بل ببساطة وجود قاعدة أو منظومة أو الإنتماء إليهما. إن رصد قاعدة

التعرف هو الذي يسمح لعلم القانون تحديد حدود موضوعه لأن القواعد التي يصار إلى وصفها هي تلك التي تكتشفها المحاكم. ولكن بخلاف القاعدة الأساسية قاعدة التعرف ليست مفترضة؛ إنها ممارسة إجتماعية يرصدها علم القانون.

كما مع القاعدة الأساسية، إن كون قاعدة التعرف مرصودة لا مفترضة، يسمحُ بالإبقاء على التمييز بين القانون وعلم القانون. فالرصد يتم من خارج المنظومة لأنه لا يستتبع أي التزام لجهة صحة هذه الممارسة.

ج- التعريف الشكلي: هيكلية المنظومة

غير أن لا القاعدة الأساسية ولا قاعدة التعرف تسمحان بالإجابة بالكامل على السؤال الأصلي: ما هي حدود موضوع علم القانون؟ إن نظرية القاعدة الأساسية هي غير كافية لأنه، إذا افترضنا قاعدة كهذه للمنظومات القانونية الفعالة "بصورة تقريبية وعامة"، فإن المنظومة القانونية لم تتحدد بذاتها إلا عبر ضمانة الإكراه الجسدي. والحال أن ثمة منظومات قاعدية دُرِج على تسميتها قوانين كالقانون الدولي أو القانون الكنسي مع أن أحكامها لا تنفَّذُ بالضرورة بالإكراه الجسدي. لا يمكن بالتالي إعتبارها منظومات قانونية إلا شريطة تناول مفهوم الإكراه بصورة جد توسعية.

وبخاصة يجب أن يحدَّد الموضوع بحيث يمكن دراسته بواسطة علم القانون وبطريقة متجانسة. والحال أنه من غير الأكيد أبداً أن تتمتع المنظومات القاعدية systèmes normatifs المضمونة بعملية الإكراه بصفات تسمح بهكذا تحليل. إذا اعتبرنا مثلاً أن علم القانون يجب أن يصف

قواعد وأن القواعد هي التعبير عن أعمال إرادية، فإن علم القانون هذا لا يستطيع أن يتناول كموضوع منظومات من مثل قانون المجتمعات البدائية التي هي أنظمة إكراهية إلا أن عناصرها لا تعبِّرُ عن أعمال إرادية.

تصطدم نظرية قاعدة règle التعرُّف بصعوبة من نوع آخر. إذا تطابقت قاعدة التعرف هذه مع ممارسة المحاكم والسلطات العامة الأخرى فكيف يا ترى نتعرَّف على المحاكم والسلطات (أي كيف نعرف من هي)؟ بالتأكيد لا يمكن الإجابة بأن هذه السلطات هي التي فوضتها قاعدة ثانوية لأننا من حيث المبدأ نجهل، قبل إستخدام قاعدة التعرف، ما القواعد الثانوية التي تشكل جزءاً من المنظومة.

يمكن إيجاد حل لهذه الصعوبات عبر إستخدام تعريف إشتراطي stipulative للقانون. فالمسألة لا تتناول في هذه الحالة طبيعة القانون بل فقط الموضوع الذي يجدر إسناده إلى علم القانون. في الزوج "موضوع-منهج" الأفضلية هي بالتالي للمنهج.

إذا تمَّ القبول بفكرة أن علم القانون يجب أن يصف قواعد قانونية، أي قواعد لا تتحدد إلا بإنتمائها إلى منظومة، يجب الإهتمام بالتالي بنمط إنتماء هذه القواعد. بمعنى آخر إن ما يهم ليست الميزات المادية للمنظومة بمجملها، مثلاً واقعة أن القانون ينبثق من الدولة، أنه يُصدِرُ أعمالاً إكراهية وأنه فعّال؛ ما يهم هي الطريقة التي يتم تبعاً لها إدماج القواعد بالمنظومة (أنظر في الفصل الثالث الفقرة "منظومات ثابتة ومنظومات دينامية").

إن هذا التحديد الذي لا يضع في مجهاره الطبيعة الحقيقية للقانون ولا صفته الإلزامية يتميز بعدة حسنات. فهو يسمح بفهم كيف يعمل (كيف

يشتغل) منتجو القانون، القضاة على سبيل المثال، وكذلك كيف تعمل الدوغماتية القانونية. في الحالتين نبحث عما إذا كانت السلطة المعينة مفوضة لإنتاج قاعدة وإعطائها محتوى معيناً، عبر مقارنة نمط الإنتاج ومحتوى هذه القاعدة بقاعدة أو عدة قواعد عليا. بهذا نشكل تحديداً لموضوع علم القانون إذ إن العلم يمكن أن يصف هذه القواعد المنتَجة بما هي قواعد قانونية.

الحسنة الثالثة هي أن هذا القانون، كما تمَّ تحديده، هو قانون الدولة المعاصرة، بحيث إنه يمكن أن يُنظر إليه كتقنية ممارسة للسلطة.

٣- وظائف علم القانون

بعد تبيان أن علم القانون يجب أن يتميز عن موضوعه ويجب أن يقتصر دوره على وصف هذا الموضوع، ينبغي بعد تحديد الموضوع، معرفة أي نوع من الوصف يجب إعتماده وعلى أي مستوى من العمومية يتمركز علم القانون. لا شك أن الأجوبة على هذا السؤال مرتبطة بالمفاهيم المتعلقة بعلم القانون وبطبيعة القواعد.

أ- وصف القواعد

كما سبق ورأينا ذلك بحسب كلسن يُطلق علم القانون إفتراضات تصف قواعد. لكن هذا لا يمر دون صعوبات. الصعوبة الأكبر تتأتى من واقعة أن القواعد لا تسمح بالتعرف عليها بسهولة. المواضيع الوحيدة التي نرصدها هي نصوص أو بيانات énoncés. لكن القواعد هي مختلفة عن البيانات.

القواعد هي فقط المعنى الإيعازي للبيانات ,ولكن البيان الواحد (الجملة الواحدة) يمكن أن تحمل عدة معان. على سبيل المثال المادة ١٣ من الدستور الفرنسي للعام ١٩٥٨ تنص على ما يلي:" يوقع رئيس الجمهورية على المراسيم الإشتراعية والمراسيم الصادرة عن مجلس الوزراء". وهذه المادة يمكن أن تعني أن رئيس الجمهورسة له سلطة توقيع المراسيم الإشتراعية والمراسيم (أو رفض التوقيع) أو أنه ملزم في التوقيع. بحسب التفسير المعتمد تعبِّرُ هذه المادة عن قاعدة أو أخرى. في حالات أخرى وحتى لو اعتبرنا أن النص واضح لأننا نفهم محتواه لا يمكن أن نحدد بسهولة إذا كان يُطبَّقُ على هذه أو تلك الحالة الخاصة، لأن العبارات بذاتها غامضة. هكذا فأن المادة ١٦ من الدستور الفرنسي تسمح لرئيس الجمهورية بإستخدام سلطاته الكاملة في بعض الظروف، لا سيما "عند توقف سير العمل المنتظم للسلطات العامة والدستورية". مهما كانت قراءة هذا النص متأنية فهي لا تسمح بالقول إنه في ظروف ملموسة معينة ثمة توقف لعمل السلطات، وبالتالي يمكن لرئيس الجمهورية إستخدام كامل سلطاته. ما يجب معالجته هي الظروف نفسها.

كيف يا ترى يمكن أن نقرر إن ثمة قاعدة صحيحة يقتضي تطبيقها في وضع معين وفي جميع الحالات؟ نجدنا هنا أمام معضلة.

يمكن أن نعتبر بداية أن علم القانون هو الذي سيحدد القواعد التي تطلقها البيانات[١٨] وما تستتبعه منطقياً. ولكن في هذه الحالة العلم ليس تجريبياً بالتأكيد وحتى أنه ليس علماً إلا بمعنى جد واسع، لأنه في هذه الحالة يكف عن كونه وصفياً ليس إلا. لأن هذا العلم بهذا المعنى يصبح لا أكثر ولا أقل ما نسميه تقليدياً الدوغماتية القانونية، التي لا يمكن أن تعمل

---

١٨ - العبارات والجمل.(إضافة من المترجم).

دون تفسير ولا تقييم. هكذا فإن الدوغماتية لا يمكن أن تخلص إلى أن الرئيس يجب أن يوقع المراسيم الإشتراعية أو أن يرفض توقيعها دون تناول موضوع دوره في المنظومة الدستورية، ما يستتبع حكماً قيمياً سياسياً.

يمكن إضافة أن القواعد التي تزعم الدوغماتية كشفها ليس لها بعدُ أي وجود في اللحظة التي تُعلن فيها، لأن القاعدة لا تتوجد إلا بعد وضعها؛ والحال أن علم القانون لا يملك صفة وضع القواعد.

يمكن إذاً أن نريد فقط وصف قواعد مرعية، كما فعل كلسن، قواعد موضوعة، قواعد تشكل معنى أعمال إرادية. ولكن في الإفتراض المذكور أعلاه هذه القواعد لا تتوجد قبل أن تفسر سلطة ما مواد الدستور. إن ما يفعله علم القانون ليس إذاً وصفاً بل كما يفسر ذلك الواقعيون تنبؤاً (أو إستباقاً) بما ستفعله هذه السلطة.

يمكن الرد على المفهوم الواقعي بالقول إن علوم الطبيعة تصوغ تنبؤات ولكنها تفعل ذلك على أساس الوصف المسبق لقانون سببي، فيما علم القانون لم يملك أن يصف أي علاقة سببية.

ثمة طريق ثالث يذهب إلى أن علم القانون يجب أن تقتصر مقاربته على الظاهرة التي يرصدها تجريبياً، أي اللغة.

ب- وصف البيانات énoncés

إلا أنه لا يمكن إيكال وظيفة وصف البيانات فقط إلى علم القانون لأن علم القانون يصبح هكذا محشوراً في دور تكراري دون فائدة. ولكن على العكس يمكن لعلم القانون أن يشرع في عملية إعادة بناء اللغة.

هذا المفهوم طوَّره وعمَّقه بصورة أساسية نوربرتو بوبيو الذي يقارب الموضوع من زاوية الميتاعلم الوصفي (لا الإيعازي كما عند كلسن). هو يريد إذاً وصف علم القانون كما يقوم هذا العلم في الواقع، أي كما يمارسه القانونيون والأساتذة والقضاة أو المحامون. والحال أن هذا العلم ليس وصفياً بالكامل. هو يفسر ويصوغ توصيات، أي إيعازات (أوامر). لا يمكن أن يكون إذاً علماً تجريبياً ولكن لا يمكن كذلك أن يحتل مكاناً بين العلوم الشكلية مثل الرياضيات أو المنطق، لأنه لا يستطيع أن يطلق إفتراضات صحيحة عبر إستنتاجها من سلسلة من المسلمات (الأكسيومات).

ولكن كي يجتنب الإستنتاج بأن هذا النشاط ليس بعلم يوسع بوبيو مفهومة concept العلم. وفي الواقع نلاحظ أنه يستخدم غالباً عوض عبارة "علم القانون" الكلمة الإيطالية jurisprudenza التي تعني بالضبط النشاط الوصفي والإيعازي للقانونيين. يمكن وصف (تسمية) هذا النشاط بالعلمي شريطة إعطاء العلم، طبقاً لأبحاث دائرة فيينا Cercle de Vienne المعنى التالي: "العلم هو منظومة إفتراضات حيث الإفتراضات الأصلية وقواعد تحويل الإفتراضات تكون محددة تماماً وحيث هذه المنظومة تتطور بصورة متماسكة مع المقدمات الموضوعة والقواعد القائمة" (فيلا Villa، ١٩٩١، صفحة ٩٤). بمعنى آخر إنها لغة صارمة ومتماسكة. مهمة علم القانون هي إذاً بناء لغة كهذه إنطلاقاً من لغة بيانات énonces القانون الوضعي غير الصارمة.

إلا أن هذا المفهوم يستثير إعتراضاً: حتى لو أن علم القانون ليس علماً تجريبياً فإنه يجدر السؤال إذا كان يحمل أقله مرجعاً تجريبياً. والحال أن

الجواب بالنفي لأن البيانات التي يتوصل إليها بعد عملية إعادة بناء لا تُعبِّر عن إفتراضات تصف بيانات أخرى. وعلى العكس إذا ما قوربت كإفتراضات تصف قواعد فإنها ليست بقواعد موضوعة (مرعية).

يمكن التفكير بالتمييز بين نشاطين مختلفين هما الدوغماتية القانونية، تبعاً لمنهج بوبيو، وعلم القانون.

ج- التمييز بين علم القانون والدوغماتية القانونية

يسمى نشاط القانونيين "الدوغماتية القانونية" بخاصة في بلدان القانون المكتوب حيث يُهمَّشُ دور القضاة في خلق القانون. وهذا النشاط يصبو إلى تنظيم وتنهيج systématiser القانون إنطلاقاً من نصوص تعبِّرُ عن قواعد عامة من أجل تحديد ما هي الحالات التي تطبق عليها هذه القواعد وإنطلاقاً من حالة معينة تحديد ما هي القواعد المطبقة. وسبب هذه التسمية "دوغماتية" يعود إلى أن نشاط القانونيين يفترض مسبقاً الإنتساب إلى عدد معين من الأفكار لا يُطرح أي سؤال بشأنها: أن المشترع عقلاني؛ أن البيانات لها معنى؛ أنه يمكن اكتشاف هذا المعنى؛ أن المنظومة كاملة، أي إما أن القانون الوضعي لا يشتمل على أي خطأ أو تناقض أو أن هذه الأخيرة يمكن إزالتها بواسطة بعض الطرق؛ أخيرا أنه يمكن معرفة القاعدة القابلة للتطبيق على أي حالة خاصة.

هذه الأفكار ليست صحيحة والقانونيون لا يستطيعون إنجاز عملهم إلا عبر إطلاق أحكام قيمية وعبر إقامة خيارات، أي عبر ممارسة إراداتهم والتعبير عن مفاضلاتهم الذاتية.

الدوغماتية القانونية ليست إذاً علمية. لكن هذا لا يجعلها غير مشروعة. أكثر من هذا فهي لا يمكن الإستغناء عنها ولا يمكن أن تشتغل المنظومة القانونية دونها. هي تُقدِّم للقضاة في آن أدوات لتحديد القواعد المطبَّقة، وتنهيجاً systématisation لأنماط التحليل المنطقي المعتبرة ملائمة ومشروعيةً أخلاقية وسياسية. إذا لم نفترض أن القضاة أو الإداريين يعرفون القانون الذي يجب تطبيقه في حالة معينة، يجب أقله القبول بفكرة أنهم يتمتعون بسلطة استنسابية لإتخاذ قرارات بحسب مفاضلاتهم. لا يمكنهم تبرير قراراتهم عقلانياً وإنه لمن المستحيل في منظومة تعتبر نفسها "دولة قانون" الزعم أن الخضوع لهذه القرارات يعني الخضوع بصورة غير مباشرة للقانون.

لأنه لا يمكن إزالة الدوغماتية القانونية، فعوض أن نُحِلَّ محلها علم قانون حقيقي كما أراد كلسن، أو جعلها صارمة وعلمية كما شاء ذلك بوبيو، ينبغي الإقرار بأن علم القانون يجب أن يجد مكاناً له إلى جانبها ويتخذ صفات مختلفة.

إن الفارق بين علم القانون والدوغماتية القانونية يتعلق بالموضوع والمنهج. الموضوع: لأن علم القانون يتناول القاعدة المعمول بها والدوغماتية القانونية تتناول القاعدة القابلة للتطبيق. المنهج: لأن علم القانون يصف، فيما الدوغماتية القانونية توصي وتأمر.

إذا كانت القاعدة المرعية الإجراء هي معنى البيان énoncé فلا من قاعدة طالما لم يتثبت بعد هذا المعنى (أنظر التوسع في موضوع التفسير في الفصل الرابع). والمشترع لا يجب أن يُعتبر مؤلفَ القاعدة لأنه ليس إلا مؤلف البيان. فوصف قاعدة مرعية ليس بالتالي وصفاً لعمل إنتاج

البيان، ولا البيان ذاته، بل العمل الذي بواسطته تعطي سلطة عامة معينة، أو محكمة، معنى لهذا البيان.

وهذا العمل المسمى "التفسير القانوني" يخلق إلتزاماً رسمياً بإعطاء البيان معنى موضوعياً معيناً.

الدوغماتية القانونية لا يمكن أن تقتصر على وصف القواعد المرعية. إذا كانت مهمتها منهجة القانون الوضعي وتقديمه بصيغة توليفية، كأن يُقال "إن القانون المدني الفرنسي مؤسس على مبدأ إستقلالية الإرادة"، فإنها لا يمكن أن تتوصل إلى ذلك عبر وصف عمل تفسيري قانوني إذ إن أي عمل لم يَمنح رسمياً هذا المعنى لبيان أو حتى لمجموعة من البيانات. يجب أن تُعبِّرَ الدوغماتية بنفسها عن هذه المبادئ إما عبر التعميم إنطلاقاً من عدد كبير من القواعد المرعية وإما عبر وصف الإيديولوجيا التي استند إليها المشترعون.

كذلك يمكن أن ترغب الدوغماتية في المساعدة على إيجاد حل لمشكلة جديدة لا يوجد بشأنها قاعدة خاصة مرعية. يوجد فقط بيانات عامة لم تكن موضوعاً لتفسير رسمي، وعلى الدوغماتية القانونية أن توصي بإستخدام أحدها. حتى لو كان هذا التفسير قائماً فإن المعنى الذي ينتج عنه ليس القاعدة الخاصة المبحوث عنها بل قاعدة عامة. يمكن إستنتاج (إستدلال) حل خاص بالضبط من القاعدة العامة أو من المعنى الذي يوصي به البيان العام. جميع هذه العمليات هي إيعازات وتفترض أحكاماً قيمية. هكذا فإن الدوغماتية القانونية لا يمكن أن تزعم بأنها علم لأنها ترتكز على تقييمات وتؤدي إلى إيعازات وليس إلى إقتراحات تعيينية propositions indicatives.

بخلاف ذلك، يبقى علم القانون علماً تجريبياً. إن الإفتراض القانوني "ثمة قاعدة تقول بإلزامية القيام بعمل ما" يصف واقعة تجريبية، وهي العمل الذي بواسطته مَنَحَت سلطة ما une autorité لبيان (أو لمجموعة بيانات) هذا المعنى، أي إلزامية القيام بعمل ما. يمكن التحقق من هذا الإقتراح تجريبياً. يكون هذا الإقتراح صحيحاً في حال وقع فعلاً هذا الحدث الذي يصفه.

من ناحية ثانية، يمكن أن يصف الإقتراح ليس فقط نتاج عمل التفسير بل ايضاً السيرورة التي تؤدي إليه، أي جملة الإكراهات التي ساهمت في تحديد القرار.

د- سببية واستتباع

تتأتى إحدى الصعوبات المرتبطة ببناء علم تجريبي للقانون من واقعة أن العلوم التجريبية لا يقتصر دورها على وصف الظواهر بل تبحث عن الأسباب.

لقد سبق ورأينا أنه إذا اختزلنا القانون في الوقائع الإجتماعية يمكن بالتأكيد البحث عن شروحات سببية لهذه الوقائع ولكن تضيع خصوصية علم القانون التي تغدو فرعاً من السوسيولوجيا وتجد نفسها غير قادرة على فهم نمط تحليل القانونيين وخصوصية القانون.

وعلى العكس إن العلم الذي يصف قواعد لا يمكن أن يكون علماً سببياً causale. كلسن هو الذي أثار هذه الإستحالة بقوة لا مثيل لها. فالسببية هي علاقة بين واقعتين: "إذا ألف كذا... فإذاً باء تكون كذا.."، بحيث أن

الواقعة الأولى إذا حدثت فإن الثانية ستحدث لا محال. هكذا إذا وضعنا الماء على نار حتى درجة ١٠٠ فهي ستغلي حتماً. فالقاعدة تضع هي أيضاً علاقة بين واقعتين بحيث إذا الواقعة الأولى حدثت فإن الثانية ستحدث حتماً. إذا سرق أحدهم فأنه يجب سجنه. هذه العلاقة "إذا ألف فإن ب.." يجب أن تكون doit être وكلسن يسميها إسناد imputation. لكنها ليست ضرورية لأنه يمكن أن يسرق أحدهم دون أن يُسجن. يمكن أن تصف علوم الطبيعة العلاقة السببية فيما علاقة الإسناد لا توصف بل تخلقها القاعدة. هي موضوع إيعاز أو أمر elle est prescrite. إن الإقتراح الذي يصف علاقة سببية يجب أن يُعتبرَ خاطئاً إذا حصلت حالة واحدة حيث الواقعة الأولى تحصل دون الواقعة الثانية، فيما القاعدة التي نعرف أنها ليست لا صحيحة ولا خاطئة لا تفقد صحتها إذا لم تقع الواقعة الثانية، أي إذا لم تُطبَّق.

إلى هنا لم نبين بعد الفارق بين علوم الطبيعة وعلم القانون بل فقط بين علوم الطبيعة والقانون نفسه. والحال أنه بنظر كلسن، إن علم القانون، حتى لو أنه يطلق إقتراحات، لا قواعد، لا يمكن أن يكون هو أيضاً علماً سببياً؛ إذ إنه، كما أن القواعد لا تقيم علاقات سببية، فإن العلاقات بين قاعدتين ليست هي أيضاً علاقات "سبب وفعل السبب"، بل علاقات إسناد. على سبيل المثال الدستور يضع إيعازاً (أمراً): إذا أقر البرلمان نصاً فإن هذا النص هو قانون. هذا النظام يتخذ إذاً شكل: إذا ألف.. إذاً ب.. يجب أن تكون.. والعلاقة بين الدستور والقانون هي بالتأكيد علاقة إسناد.

كذلك لا يوجد علاقة سببية بين الوقائع والقواعد، لأن علاقة كهذه لا يمكن أن تقوم إلا بين واقعتين. دون شك تصدر القاعدة بصورة عامة مع

الأمل بأن يتبعها الناس ويتصرفون تبعاً لأحكامها، ولكن حتى في هذه الحالة فإن القاعدة نفسها ليست سبب سلوكهم الجديد بل فقط كيف ينظرون إليها بوعيهم، ونعني الواقعة النفسانية. وأحسن دليل على صحة ما نقول هو أن الناس يمكن أن يتوهموا بوجود قاعدة ويغيرون سلوكاتهم لجعلها متوافقة مع هذه القاعدة الخيالية.

حتى لو قبلنا بإختزال القاعدة في واقعة، مثلاً التعبير عن إرادة شخص في أن يسلك أشخاص آخرون بطريقة معينة، لا يمكننا أن نحلل هذه القاعدة معتبرين أنها تقيم علاقة سببية لأنه يمكن أن نرغب في أن يسلك شخص آخر سلوكاً معيناً ولكن لا يمكن أن نسبِّب هذا السلوك. العلاقات السببية سوف تكون فقط العلاقات بين القواعد ووقائع أخرى. وهذا بالضبط ما تفعله سوسيولوجيا القانون.

لكي تقوم العلاقة السببية الخاصة بالقانون يجب في آن إختزال القواعد في وقائع (أي جعل القواعد وقائع)، أي في أعمال يعبر فيها بعض الأشخاص عن إرادتهم، والبحث بين مختلف هذه الأعمال إذا كان يوجد علاقات سببية(١٩) .

---

١٩ - I.Champel-Desplats, Chr.Grzegorczyk, M. Troper (sous la dir), Les contraintes juridiques, Paris, LGDJ, à paraître, (2003).

الفصل الثالث
هيكلية القانون

في أغلب الأحيان يُعرَّف القانون بما هو مجموعة (كل) من القواعد القانونية. وهذا التعريف يتطلب أن نعرض لطبيعة العناصر، أي القواعد قبل تحليل ميزات المجموعة التي تشكلها هذه القواعد. في الواقع نلاحظ بسرعة إستحالة تحديد المجموعة عبر عناصرها لأن هذه العناصر نفسها لا تستقي ميزتها إلا من إنتمائها إلى هذه المجموعة.

١ - القواعد القانونية

أ - تعريف القواعد القانونية

إن المحاولة الأكثر نجاحاً لتحديد مفهومة عملانية "للقواعد القانونية" تكمن في جعل هذه القواعد القانونية نوعاً من جنس هو "القواعد" espèce d'un genre. فالقواعد نفسها تنتمي إلى طبقة التوجيهات direc-

tives، أي أعمال اللغة التي بواسطتها يجري التاثير على سلوك الآخرين. إلا أن الإيعازات لا تختلط بالبيانات. فهي فقط التعبير عن وظيفة للغة وتشكل معنى البيانات، دون أن يكون هذا المعنى مرتبطاً بشكل قواعدي (صرف ونحو) لغوي معين. (أنظر الفصل الثاني).

يمكن أن تكون التوجيهات قوية إلى هذا الحد أو ذاك. يمكن أن تكون أوامر، ولكن أيضاً نصائح، دعوات، إقتراحات، تمنيات، إلخ. وتسمى إيعازات التوجيهات الأقوى، مثل الوصايا الإلزامية أو الأوامر بعمل شيء أو عدم عمل شيء. أما بما يخص القواعد normes فهي توجيهات صحيحة أو إلزامية في منظومة معينة.

بين الإيعازات نجد أيضاً توجيهات ليست أوامر بكل معنى الكلمة مثل الأذونات والتفويضات. ثمة محاولات لجعل هذه التوجيهات أوامر. دفع البعض بأن الإذن هو الإلغاء ولو الجزئي لحظر سابق أو الوعد بعدم معاقبة سلوك معين، أو حتى عدم الأمر بإتباع سلوك معين ولا الأمر بإتباع السلوك العكسي. هكذا فإن "التدخين مسموح" يعني "التدخين غير إلزامي"، و"عدم التدخين غير إلزامي". نفس الشيء نقوله عن التفويض وهو الذي بواسطته يمنح أحدهم سلطة إنتاج القواعد. وإذا حاول البعض إعتبار أن التفويض هو نفسه الإذن (السماح) فإن آخرين اعتبروا أن التفويض ينتمي لفئة مستقلة.

إذا اتبعنا مسار مؤسس المنطق الوجوبي déontique فون ورايت لأمكن تمييز القواعد بالعناصر التالية[٢٠]:

أ-١- الصفة، أي تحديد العمل بما هو إلزامي، ممنوع أو مسموح.

---

٢٠ - G.H. Von Wright, Norm and Action. A Logical Enquiry, Londres, Routledge, 1963.

أ-٢- المحتوى، أي العمل الذي يكون إلزامياً، ممنوعاً أو مسموحاً - مثلاً القتل، دفع الضرائب، الزواج، التدخين، إلخ.

أ-٣- شروط التطبيق، أي الظروف التي يجب أن يُنجز العمل فيها. إذا كانت الشروط مفترضة فقط في المحتوى، تكون القاعدة حاسمة. هكذا فإن "إقفل الباب" هي قاعدة حاسمة لأنه يُفترض وجود ثمة باب مفتوح. وعلى العكس تكون القاعدة إفتراضية إذا تم تعيين شروط أخرى ينبغي ملؤها كي يكون السلوك إلزامياً، ممنوعاً أو مسموحاً. هذه هي الفكرة التي يعبِّرُ عنها كلسن عندما يقول إن القاعدة تتخذ شكل "إذا ألف كذا إذاً باء يجب أن تكون كذا".. على سبيل المثال: إذا سرق أحد الأشخاص يجب أن يُسجن.

أ-٤- السلطة (الشخص) التي تطلق القاعدة. يمكن أن يقال إن القواعد مستقلة إذا صدرت عن الشخص نفسه الذي سينفذ العمل موضوع الأمر، ويقال إنها غير مستقلة hétéronomes إذا صدرت عن شخص آخر.

أ-٥- الذوات، أي الأشخاص الذين تتوجه إليهم القاعدة، الذين يجب أن ينجزوا العمل. يمكن أن تكون القواعد عامة أو فردية. تكون القواعد عامة وتسمى قواعد عامة règles générales إذا كانت تتوجه لفئة من الأشخاص، مثلاً جميع الأجراء أو جميع الآباء.. وهي تبقى عامة حتى لو لم يكن في الفئة إلا فرد واحد. هكذا فإن "رئيس الجمهورية يصدر القوانين" هي قاعدة تتوجه لكل فرد يقوم بوظيفة رئيس الجمهورية. وتكون القواعد فردية في حال تحديد من تتوجه إليهم القاعدة، لا سيما بأسمائهم - مثلاً "يُعلنُ إنتخاب الأشخاص الآتية أسماؤهم"..

هذا التمييز يتخذ أهمية كبيرة من زاوية القانون الوضعي لأن القواعد

العامة والفردية لا تخضع لذات النظام (طرق النشر مثلاً) في بعض الأنظمة القانونية. التمييز مهم أيضاً من وجهة نظر نظرية القانون -Théo rie du droit لأنه يسمح بعدم قصر المعالجة على القواعد العامة وبالإقرار بأن موجبات القانون الخاص لا تنتمي لدائرة مختلفة عن موجبات القانون العام، تماماً كما أن القواعد المنبثقة عن العقود ليست من طبيعة مختلفة عن التي يطلقها القانون.

أ-٦- الظرف، أي التعيين الزمني والمكاني، حيث يتم العمل (أو النشاط).

أ-٧- الإصدار la promulgation، أي صياغة القاعدة عبر منظومة من الرموز، كلغة مكتوبة، شفهية أو حركية، تسمح بإعلام من تتوجه إليه بمحتوى موجبه.

أ-٨- العقوبة، أي السوء الذي سيلحق بمن تتوجه إليه القاعدة إذا لم يسلك سلوكاً يتوافق مع الأوامر.

ما ذكرناه هي الميزات العامة لجميع القواعد التي بحسب بعض الكتّاب ينبغي أن تسمح بالتمييز بين مختلف أنواع القواعد (الأخلاقية، الدينية، الإجتماعية والقانونية). هكذا، بما يخص المحتوى، القانون ينظم السلوكات الخارجية والأخلاق السلوكات الداخلية؛ القواعد الأخلاقية هي حازمة، القواعد القانونية إفتراضية ليس إلا؛ تشتمل القواعد الأخلاقية على عقبة داخلية فقط (مؤاخذة الضمير، نقمة المجتمع) أما القواعد القانونية فهي تشتمل على عقوبة خارجية، وتستتبع الإكراه الجسدي.

إلا أن هذه المحاولات ليست كافية: لا يمكن التوصل فعلياً إلى عزل

الصفات التي هي خاصة بالقواعد القانونية وحدها. هكذا إذا كانت القاعدة القانونية إفتراضية فالقواعد غير القانونية هي أيضاً كذلك. إذا التزمنا هذا المعيار لا يمكننا بالتالي أن نميز مثلاً "إذا امطرت، يجب إذاً أن تأخذ شمسية" عن قاعدة قانونية.

كذلك لا يمكن أن نميز القواعد إنطلاقاً من محتواها، لأنه لا يوجد نشاط إنساني لا يمكن أن ينظمه القانون. البعض يذهب إلى حد القول إن النشاطات الضرورية (مثل التنفس) أو المستحيلة (مثل الطيران كالعصفور) يمكن أن تكون موضوع قاعدة قانونية. الأولى يمكن أن تكون محظورة والثانية مأمورة. أما واقعة أنها ضرورية أو مستحيلة تعني فقط أنه يجب دوماً تطبيق العقوبة.

كذلك يستحيل التمييز إنطلاقاً من السلطة التي تطلق القاعدة. بحسب بعض النظريات القاعدة القانونية هي التي تَصدر بصورة مباشرة أوغير مباشرة عن الحاكم. لكن لا يمكننا أن نُعرِّفَ الحاكم إلا بما هو السلطة التي تملك حق توجية الأوامر أو التي اعتدنا الخضوع لها. إذاً في الحالة الأولى تم تحديد القاعدة ليس إنطلاقاً من صفة خاصة بل إستناداً إلى قاعدة أخرى (التي تمنح الحاكم سلطته) وفي الحالة الثانية لا يمكن تمييز القاعدة القانونية عن قاعدة إجتماعية معينة من نوع "الكاثوليك يخضعون للبابا".

لكن الصفة المدفوع بها غالباً هي وجود عقوبة خاصة. بخلاف القواعد الأخلاقية العقوبة الخارجية هي التي تضمن العقوبة القانونية؛ بخلاف العقوبة المرتبطة بقواعد السلوك الإجتماعي فإن العقوبة القانونية تكون ممأسسة، أي محددة مسبقاً وموقعة من أجهزة مختصة.

إلا أن هذه الصفة لا تقدم معياراً كافياً لتمييز القاعدة القانونية بصورة مستقلة عن المنظومة القاعدية التي تنتمي إليها.

نلاحظ بالفعل أن الأمر الذي يوجهه السارق "النقود أو الموت" يشتمل بالتأكيد على عقوبة خارجية. من ناحية أخرى حتى إذا اعتمدنا مفهوماً واسعاً للعقوبة حيث ندمج أيضاً العقوبات المسماة إيجابية مثل المكافآت ثمة قواعد قانونية عديدة خالية من أي عقوبة، مثلاً تلك التي تمنح سلطات أو تحدد نمط إنتاج بعض المفاعيل القانونية. فالقواعد مثل "البرلمان يصوت على القانون" أو "يحق لكل شخص أن يتزوج" لا تشتمل بالطبع على أي عقوبة.

يمكن توجيه نقد يقول إن العقوبة التي يهدد بها السارق ضحيته ليست ممأسسة، إلا أن المأسسة تعني أن العقوبة يتم فرضها من سلطة غير التي أصدرت القاعدة. هذه الأخيرة غدت إذاً محددة بعلاقتها بالمنظومة.

يقال أيضاً إن القواعد التي تمنح سلطة تشتمل على ما يوازي العقوبة: البطلان. هكذا فإن القانون الذي تقره سلطة غير البرلمان أو حسب أصول مختلفة عن تلك المرعية لا يكون قانوناً صحيحاً؛ وكذلك الزواج الذي يتم حسب أصول أخرى (غير قانونية) يكون غير صحيح. يمكن أن تقرر المحكمة بطلان هذه القواعد.

ولكن هنا أيضاً لم نحدد القواعد بصورة معزولة. إنها جزيئات من قواعد أو بالمعنى الكلسني قواعد "غير مستقلة". إن القاعدة "البرلمان يصوت على القانون" لا يمكن تناولها كقانون إلا إنطلاقاً من محتوى القانون الذي تمَّ التصويت عليه. إذا نص هذا القانون على أنه يجب سجن السارقين فإن القاعدة الكاملة يمكن إعادة بنائها على الشكل التالي: إذا

صـوَّت البـرلمان على قـانون وإذا نص هذا القـانون على أنه يجب سـجن السارقين فإنه يجب سجن السارقين.

بصورة عـامة ما إن نتكلم على عقـوبة ممأسسة نقصد على الأقل ثلاث قـواعـد. أولاً قـاعـدة تأمـر بأن إذا ألف.. إذاً ب.. يجب أن .. (إذا ارتكب أحـدهم سـرقـة يجب أن يسـجن..). ثانيـاً المحكمـة التي تنـاط بهـا سـلطة توقيـع عقـوبات بـالسجن. وثالثـاً الحكم، وهو العقـوبة الفـردية التي توقع بهـا المحكمـةُ العقـوبةَ (السـارق فـلان يجب أن يُسـجن). تقـديم الأمـور على هـذا المنوال هو في الحقيقة مبسط جداً ويجب أن نضيف أيضاً القواعد المتبعة لتعيين الأشـخـاص في المحـاكم (القـضـاة) وتلك التي يلاحـق على أسـاسـهـا فلان من الناس ثم يَمثُل أمام المحكمة. كل هذه القـواعد تشكل منظومة. كل منهـا يمكن أن تعتبـر قـاعـدة قـانونية ليس بفـعل ميـزاتهـا الخـاصـة إنمـا بفـعل عـلاقتـهـا مع القـواعـد الأخـرى. فـي هذه الشـروط من غيـر المهم أن تأمـر القـاعـدة نفسـهـا بعـقـوبة (كـي تكـون قـاعـدة قـانـونيـة). كـي تكـون قـاعـدة قـانونية يكفـي أن تنتمي إلى منظـومـة قـاعـدية هـي نفسـهـا مسـمـاة قـانونيـة.

يجب إذاً تصحيح التعريف الأصلي. كما كتب ذلك بوبيو: "القـانون ليس مـجـمـوعـة غـيـر منتظمـة من القـواعـد القـانونيـة بل مـجـمـوعـة منتظمـة ومتنـاسـقة من القواعد؛ لا تكون القاعدة وحدها أبداً، بل هـي دوماً مرتبطة بقـواعـد أخـرى، تشـكل مـعـهـا منظـومـة قـاعـديـة". هـكذا يتم نوع من قلب الأمور رأسـاً على عقب. لا يُحـدَّد القانون بعناصره، أي القـواعد القـانونية، بل القـواعـد القـانونيـة تُحـدَّد بإنتمائهـا إلى منظـومـة قـانونيـة.

يمكن الإعتقاد إننا هكذا نكون قد أجلنا البحث في المسـألة قليـلاً وأنه يجب أن نميـز بين القـانون أو المنظـومـة القـانونية وبين المنظـومـات القـاعـدية

الأخرى. ولكن هذه المهة هي أكثر سهولة لأنه يمكن تعريف القانون كما فعل كلسن، أي بما هو نظام قاعدي يضمنه بصورة عامة الإكراه ولأنه يمكن أن نرصد أن هذه المنظومة تتمتع بهيكلية مختلفة عن كل المنظومات القاعدية الأخرى. لذا أصبح ممكناً تناول هذه الهيكلية كمعيار لتعريف القانون.

في أي حال وقبل وصف هذه الهيكلة يجب تحليل الأطروحة التي تعتبر أن القانون لا يتألف فقط من قواعد.

ب- قواعد ومبادئ

يدافع اليوم عن هذه الأطروحة أساساً رونالد دووركن. لكي يبين الفارق بين القاعدة والمبدأ يرتكز دووركن على قرار لمحكمة إستئناف نيويورك، "ريغز ضد بالمر" (دووركن، ١٩٩٦، ص ٨٠). قتل أحد الأشخاص جده طمعاً بثروته. ألقي القبض عليه وحكم عليه بالسجن لكنه بقي يطالب بالإرث لأن جده توفي وكان اختاره وريثاً له. بحسب الأحكام القانونية المرعية مطالبته هذه مشروعة تماماً. إلا أن المحكمة لم تقرر منحه الإرث عملاً بمبدأ principe غير مكتوب يقول بعدم جواز الإفادة من السوء المسبب للغير.

يستنتج دووركن من هذا المثال الدروس التالية:

- بخلاف القواعد الموضوعة والتي تعبِّرُ عن إرادة سلطة، فإن المبدأ ليس موضوعاً بل يكتشفه القاضي.

- فيما يُخضعُ أو لا يُخضعُ للقاعدة بإعتماد أو عدم إعتماد السلوك

المأمور به، إلا أن الخضوع للمبدأ يتم على درجات؛

- المبدأ هو ذو طبيعة أخلاقية؛

- المبدأ ليس عالمياً لأن ثمة حالات حيث يمكن الإفادة من السوء الذي يتسبب به للآخرين.

- يسمح المبدأ بتعليق تطبيق قاعدة صحيحة أو يضيف إستثناءات.

إن مسألة قيام مبادئ قانونية مختلفة عن القواعد تمثل رهاناً مهماً لأنها تستتبع بحسبه إعادة نظر بالوضعانية.

الوضعانية تعني بالضبط أن القانون ليس إلا مجمل القواعد الموضوعة (القائمة، المرعية) وأن وظيفة القضاة هي تطبيق هذه القواعد في النزاعات المرفوعة أمامهم. ولكن في الحالات الصعبة لا تقدم القواعد المرعية الحلول وعلى القضاة أن يختاروا حلاً بصورة إستنسابية. على العكس أطروحة دووركن تقول بأن القاضي يستطيع حتى في الحالات الصعبة إيجاد الحل في القانون المرعي. في أغلب الأحيان لا يكون المبدأ موضوعاً، بل أن القاضي هو الذي يكتشفه بجهد تجريدي إنطلاقاً من مجمل القانون. وبالفعل بما أن المبادئ هي التي تؤسس للقواعد (القانونية) فإن معرفة القواعد يمكن أن تؤدي إلى إكتشاف المبادئ التي تؤسس لها. هكذا فإن لكل نزاع حلاً واحداً صحيحاً، "جواب جيد" واحد، ولا يتمتع القاضي بأي سلطة إستنسابية.

ثمة أطروحة وضعانية أخرى متعلقة بالتمييز بين القانون بما هو منتوج إرادة، وعلم القانون بما هو معرفة خالصة. تقود أطروحة دووركن إلى رفض هذا التمييز لأن المبادئ لا توضع بل تُكتشف والتأكيد المتعلق بوجود مبدأ

معيَّن ومحتواه يمكن أن يكون صحيحاً أو خاطئاً حتى ولو صدر عن قاضٍ.

ثمة أطروحة ثالثة تتناول، كما رأينا ذلك، الفصل بين القانون والأخلاق والتي يعارضها دووركن لأن المبادئ التي هي جزء من القانون هي ذات طبيعة أخلاقية.

لكن هذه النظرية تتعرض لإنتقادات صارمة. أولاً يمكن أن تشتمل القواعد على محتويات مختلفة، أن تكون عامة إلى هذا الحد أو ذاك وتفرض سلوكات غير دقيقة دوماً. وواقعة أن المبادئ لا تَفرِضُ سلوكاً دقيقاً لا تعني إذاً أنها ليست قواعد.

ثم أنه غير صحيح أن القاضي يمكنه "معرفة" القواعد والتوصل إلى "الإجابة الصحيحة". إذا كان المبدأ يشكل أساس قاعدة أو عدة قواعد فذلك لأن هذه القواعد يمكن أن تُستنتج من هذا المبدأ. والحال أن القاعدة نفسها يمكن أن تُستنتج من عدة مبادئ مختلفة ودووركن يذعن لواقعة أن القاضي يجب أن يكتشف المبدأ القادر على تقديم "التبرير الممكن الأفضل" للقواعد المرعية. بمعنى آخر تأكيد المبدأ هو ثمرة حكم قيمي من قبل القاضي ويعبِّر عن مفاضلاته الخاصة. إنه قرار وهذا القرار في الواقع لا يمكن أن يكون صحيحاً أو خاطئاً. فهو صحيح ليس لأنه الوحيد الصحيح أو لأنه يعكس قاعدة أخلاقية بل فقط لأن للقاضي صلاحية لفظ الأحكام بمقتضى قاعدة أعلى.

أخيراً إن الأطروحة الوضعانية حول الفصل بين القانون والأخلاق لا تعني أبداً أن محتوى القواعد القانونية لا يتطابق مطلقاً مع محتوى القواعد الأخلاقية. بل بالعكس فإن هذا التطابق يحصل غالباً لأن القواعد القانونية موضوعة على يد أشخاص أرادوا إخضاع سلوك

أشخاص آخرين لقواعد أخلاقية وقع عليها خيارُهم. يدافع الوضعانيون عن مقولة أن الصفة القانونية لقاعدة معينة هي مستقلة عن توافقها مع قاعدة أخلاقية. فالقاعدة ليست قانونية لأنها متطابقة مع قاعدة أخلاقية، كما هي لا تفقد طبيعتها القانونية إذا كانت متعارضة معها. إن واقعة أن المبادئ القانونية هي مشابهة للمبادئ الأخلاقية لا تسمح بالإستنتاج بأن الأولى تتصف بذاتها بطبيعة أخلاقية.

فالمبادئ إذاً إن هي إلا قواعد لا تتميز عن القواعد الأخرى إلا لأنها أكثر عمومية أو بفعل صفتها الغامضة والبرنامجية programmatique. يمكن بدون شك أن تكون مكتوبة أو غير مكتوبة، صريحة أو ضمنية، ولكن هذه الصفة هي مشتركة مع القواعد الأخرى. وعملياً غالباً ما تُسمّى بعضُ القواعد normes "مبادئ" أو قواعد ملزيمة règle. لذلك يُقال إما "مبدأ الفصل بين السلطات" وإما "قاعدة الفصل بين السلطات".

٢- تراتبية القواعد Hiérarchie des normes

لقد ثبتنا أنه لا يمكن تحديد القاعدة بصورة منعزلة بل فقط عبر إنتمائها إلى المنظومة القانونية.

أ - الإنتماء إلى المنظومة القانونية

القاعدة هي معنى البيان énoncé. ولكن أي بيان يمكن أن يكون له بالنسبة للذي يُصدِرُه وحتى بالنسبة للذي يسمعه معنى القاعدة. "المال أو الموت" تعني بالنسبة للسارق كما بالنسبة للمسروق أن الثاني يجب أن يعطي

النقود للأول. وحتى أن صيغة formule معينة دون أي معنى في اللغة الطبيعية يمكن أن يكون لها معنى بمجرد أن يتعرف عليها على الأقل الذي يصدرها والذي يسمعها. ولكن لسنا هنا إلا أمام معانٍ ذاتية للقواعد والسلوك المأمور به ليس إلزامياً من الناحية القانونية. حتى أن هذا السلوك يمكن أن يكون محظوراً. في أي حال لم يصدر في هذا الشأن أي قاعدة.

إن قاعدة كهذه لا تقوم إلا إذا كان للبيان ليس فقط المعنى الذاتي لقاعدة من وجهة نظر صاحبها بل أيضاً المعنى الموضوعي لقاعدة من وجهة نظر قاعدة عليا. لقد سبق ورأينا إذا كان لأمر السارق وأمر جابي الضرائب المعنى الذاتي ذاته (يجب أن يُعطي الموجَّه له هذا الأمر في كلا الحالتين النقود) وحده الأمر الذي يوجهه جابي الضرائب يحمل المعنى الموضوعي للقاعدة من وجهة نظر القانون الذي يأمر المكلفين بدفع المبالغ المطالب بها للجابي. إن هذا التطابق بين أمر الجابي وقاعدة عليا (القانون) هوالذي يمنح هذا الأمر معنى القاعدة، هو الذي يسمح بتأكيد هويته كقاعدة. كذلك إن القانون loi هو قاعدة لأنه متطابق مع الدستور. وبما أن عدد القواعد يتقلص شيئاً فشيئاً كلما صعدنا في التراتبية فقد جرت العادة، كما رسم ذلك كلسن، على تمثيل المنظومة القانونية على شكل هرم رأسُه الدستور.

ب - منظومات ثابتة ومنظومات دينامية systèmes statiques et systèmes dinamiques

إلا أن عبارة "تراتبية القواعد" المستخدمة بصورة شائعة اليوم هي خادعة لأنها تؤدي إلى تمثيل للقانون منسوخ على شاكلة الجيش. ففي

الجيش يكون الأشخاص أولاً عسكريين ثم يتبوأون رتباً أخرى.. ليست التراتبية العسكرية سوى إنتظام تراتبي. على العكس فإن القواعد القانونية لا توجد خارج التراتبية ولا يمكن القول إنها متراتبة. وحدها المنظومة القانونية، أي القانون، هي تراتبية. فالقول إن قواعد معينة هي متراتبة يغدو إذاً نهجاً في الكلام للقول إن بعض الأوامر (الأنظمة) يجب أن تُعتبر قواعد بسبب علاقاتها بقواعد أخرى أعلى منها.

إن فوقية قاعدة معينة، أي الدرجة التي تحتلها في التراتبية يمكن أن يُنظر إليها من زاويتين.

يمكن أن نعتبر أولاً، كما ذهب كلسن، أن هذه الدرجة هي نوعية qualité تحددها قاعدة عليا. إذا كان القانون موضوعاً مباشرة تحت الدستور وفوق المرسوم فذلك لأن الدستور يضعه في هذا المكان عندما يمنح صفة (معنى) القاعدة لعمل البرلمان.

ولكن يمكن أيضاً أن نعتبر من زاوية واقعية أن تفوق قاعدة على قاعدة أخرى يعني أنه في حال التعارض يمكن أن تفقد الثانية صحتها أمام محكمة. في هذه الحالة، الفوقية تنتج عن قرار المحكمة وعن التبرير الذي تقدمه. هكذا فإن ديباجة الدستور الفرنسي للعام ١٩٥٨ ليس لها معنى قاعدة ذات مستوى دستوري إلا لأن المجلس الدستوري قرر في العام ١٩٧١ أن القوانين التي تتعارض مع الديباجة تتعارض مع الدستور ولا يجب أن تنشر.

والعلاقة بين القاعدة العليا والقاعدة الدنيا هي أيضاً معقدة. يميز كلسن بين نمطين: نمط ثابت ونمط دينامي (متحرك). يبيِّن كلسن النمط الدينامي عبر المثال الآتي:

يأمر أب إبنه بالذهاب إلى المدرسة. على سؤال الولد: "لماذا يجب أن أذهب إلى المدرسة؟" يمكن الإجابة: "لأن أبيك أمَـرَ بذلك ولأنه يجب الخضوع لأوامر الأب". ولكن يمكن أن يضيف الولد: "لماذا يجب أن أخضع لأوامر أبي؟" ويمكن أن تكون الإجابة "لأن الله أمر بالخضوع للأهل وأنه يجب الخضوع لأوامر الله" (كلسن ١٩٦٠ ص ٢٥٩).

يجب أن يُعتبر الأمر بالذهاب إلى المدرسة كقاعدة صحيحة أو إلزامية لأنه يصدر عن الأب الذي فوّض له الرب صلاحية توجيه الأوامر لإبنه. ما يؤخذُ بعين الإعتبار هو نمط إصدار القواعد، أما محتواها فلا خلاف على ذلك. عندما يفوِّضُ الله للأب توجيهَ الأوامر لإبنه فهو لا يأمر الأب بتوجيه هذا أو ذاك الأمر المحدد. يكون أمر الأب صحيحاً أيا كان محتواه. نلاحظ أن القاعدتين صدرا بالتتابع: أولاً أمر الله ثم أمر الأب.

يمكن أن نتصور جوابا آخر من النمط الثابت إذا أكملنا تحليل كلسن: يجب أن تذهب إلى المدرسة لأن كل الأولاد يجب أن يذهبوا إلى المدرسة. وإذا سأل الولد لماذا يجب أن يذهب كل الأولاد إلى المدرسة يمكن أن يلقى الجواب: "لأن كل الأولاد يجب أن يتعلموا"، وإذا سأل من جديد لماذا يجب أن يتعلم كل الأولاد يمكن أن نستخدم الجواب السابق نفسه: لأن الله أمر بذلك.

هنا أمر الأب يكون صحيحاً إنطلاقاً من محتواه فقط. وهذا المحتوى يتوافق مع محتوى قاعدة أخرى أكثر عمومية (يجب أن يذهب كل الأولاد إلى المدرسة) ناهيك عن أنه يُقدَّمَ كإستنتاج من محتوى القاعدة الأخرى. والقاعدة العامة هي مستنتجة بدورها من قاعدة أكثر عمومية (كل الأولاد يجب أن يتعلموا). ليست القواعد منتجة بالتتابع لأنها في علاقة إستتباع

طالما اعتبرنا أن واجب التعلم يستتبع واجب الذهاب إلى المدرسة والقاعدة الفردية "يجب أن تذهب إلى المدرسة" هي محددة مسبقاً. في الواقع تكون العلاقة ثابتة حتى في حالة غياب علاقة إستتباع، طالما ثمة إدماج إنتمائي subsomption لقاعدة خاصة ضمن قاعدة أكثر عمومية.

هكذا فإنه بحسب المبدأ الدينامي، يكمن أساس صحة القواعد في قاعدة التفويض وبحسب المبدأ الثابت في القواعد الأمرية impératives. في الحالتين نتوصل إلى قاعدة صادرة عن الله: في الأولى نتوصل إلى قاعدة تفويضية وفي الثانية إلى قاعدة أمرية. لكن القاعدة الصادرة عن الله لا يمكن تبريرها بقاعدة أعلى. لذا على السؤال "لماذا يجب الخضوع لله؟" لا من جواب في المنظومة القاعدية ويمكن فقط أن نفترض صحة هذه القاعدة إذا أردنا إعتبار "يجب أن تذهب إلى المدرسة" قاعدة صحيحة. هذه الفكرة المفترضة هي التي يسميها كلسن القاعدة الأساسية.

يحاول كلسن إذاً أن يميز المنظومات القاعدية إنطلاقاً من نمط تراتبيتها. هكذا فهو يقدِّم الأخلاق كمنظومة ثابتة: ". .. فمن القاعدة التي تأمر بحب القريب يمكن إستنتاج القواعد التالية: لا يجب أن نتسبب بأي سوء للقريب وبخاصة لا يجب قتله، لا يجب أن يلحق به أي ضرر جسدي أو معنوي، ويجب أن نعاونه عندما يكون بحاجة لذلك".

بالنسبة للقانون المنظومة هي دينامية بصورة أساسية. القواعد القانونية هي صحيحة بحسب كلسن ليس بفعل محتواها بل فقط لأنها ابتكرت بصورة معينة. بدون شك القاعدة التي يكون محتواها مخالفاً لقاعدة عليا يمكن أن تبطلها المحكمة ولكن تبقى صحيحة طالما لم يحصل هذا الإبطال.

يمكن نقد هذه الأطروحة الأخيرة. عندما تراقب المحاكم صحة قاعدة

معينة فهي لا تبحث فقط عما إذا كانت القاعدة صادرة عن سلطة صالحة وحسب الأصول المعمول بها. بل هي تدرس أيضاً محتواها وتُبطل القاعدة ذات المحتوى المخالف لقاعدة أعلى. وفي غالبية المنظومات تبطل القاعدة بمفعول رجعي أي أنها تعتبر كأنها غير موجودة أصلاً. تبرر المحكمة قرارها مؤكدة أن عملها اقتصر على ملاحظة أن القاعدة ليست صحيحة وأنها لم تكن موجودة يوماً. هكذا نلاحظ أن الصحة (القانونية) validité تخضع هي أيضاً لمبدأ ثابت.

في الواقع يتضح موقف كلسن عبر إفتراض أنطولوجي. إذا اعتبرنا، كما فعل كلسن في الجزء الثاني من حياته، أن القاعدة هي فقط التعبير عن إرادة إنسانية فإن القاعدة تكون صحيحة طالما صدرت عن إرادة وأياً كان محتواها. رغم المظاهر الإبطال اللاحق للقاعدة لا يعني أنها كانت باطلة منذ البداية بل أنه، بعمل إرادي آخر، نزعت المحكمة عنها صحتها وأعطت لقرارها مفعولاً رجعياً. قرار الإبطال هو بذاته قاعدة صحيحة من الزاوية الدينامية ليس بفعل محتواها بل فقط لأنها تصدر عن محكمة صالحة.

لكن فكرة الصفة الدينامية للمنظومة القانونية لا تتوافق تماماً مع هذا الإفتراض وتصطدم ببعض الصعوبات.

أولاً إذا كانت القواعد التعبير عن إرادات إنسانية فإن موقعها في التراتبية ينتج أيضاً عن إرادات إنسانية، وفي حالتنا هذه عن المحاكم. طالما أن المحكمة التي تبطل القاعدة تفعل ذلك ليس فقط عندما تكون القاعدة صادرة عن سلطة غير صالحة بل أيضاً عندما يكون محتواها مخالفاً لمحتوى قاعدة عليا، فإنه يجب الإقرار بأن المحكمة وضعت تراتبية ثابتة وليس فقط دينامية.

ثانياً إن أطروحة كلسن تجهل التمييز بين البيانات والقواعد entre les énoncés et les normes. إن التعبير عن إرادة المشترع ليس القاعدة بل فقط بيان. ومعنى هذا البيان (أو القاعدة) هو أيضاً التعبير عن إرادة لكنها إرادة السلطة التي تطبِّق الأحكام. لا تصبح إذاً القاعدة مرعية الإجراء ولا تحتفظ بقيمتها إلا بعد ملء الشروط التي تحددها هذه السلطة ومن ضمن هذه الشروط نجد شرط التوافق بين محتوى القاعدة ومحتوى القاعدة العليا.

أخيراً إن مفهوم كلسن لا يأتي باي نفع للدوغماتية، لأنه لا يسمح بمعرفة سلوك وطريقة تحليل المحاكم، التي لا تستطيع أن تكتفي، كما يفعل المشترع، بالإفصاح عن صلاحياتها والتعبير عن إرادتها بل يجب عليها، كي تبرِّر قراراتها القضائية، أن تبيِّنَ توافقها مع ما يمليه مفهوم دولة القانون. على المحاكم بالضرورة أن تبيِّن أن القاعدة التي تبطلها هي مشوبة منذ البداية بعيوب، وبين هذه العيوب نجد عدم توافق محتوى القاعدة ومحتوى القاعدة الأعلى.

خطأ كلسن يكمن في أنه يقدم التراتبية بما هي الأساس الواقعي لقرارات الإبطال، وبالتالي يقدمها وكأن لها الأسبقية على القرارات القضائية فيما القرارات القضائية هي التي تنشئ التراتبية. لا يجب أن نقول أن تفوُّقَ قاعدة (أ) على قاعدة (ب) يُوَلِّدُ إلتزام القاضي بإبطال (ب) في حال النزاع، بل على العكس إن إبطال (ب) في هذه الفرضية يعني أن (أ) هي متفوقة على (ب).

بمجرد أن يُقرَّرَ الإبطال إما لأن (ب) لم تكن متوافقة مع الأصول القائمة في القاعدة (أ) وإما لأن محتواها يخالف محتوى (أ) فإن المنظومة

القانونية تحدَّدُ بالضرورة بما هي ثابتة وديناميّة في آن.

٣- خلق القانون

أ- الإرادة

بنظر عدد كبير من العقائد والنظريات والتي تُسمى أحياناً أوامرية impérativistes القواعد القانونية هي أوامر تنتجها الإرادة البشرية. وفي أي حال هذا المفهوم هو معتمد لدى بعض العقائد القانونية الطبيعية jusnaturalistes وبعض العقائد الوضعانية لأن الأولى تُقرُّ، إلى جانب القانون الطبيعي الذي لم يخلقه الإنسان بل هو موجود في الطبيعة، بوجود قانون موضوع posé ووضعي.

يتم تطبيق هذه الفكرة على جميع القواعد. يُفهم القانون أولاً على أنه التعبير عن إرادة الحاكم. إذا كان الحاكم مجموعةً (من الأشخاص) يصبح القانون قانون الإرادة العامة. كما في علاقات القانون الخاص بحسب نظرية إستقلالية الإرادة autonomie de la volonté الشهيرة يُقدَّمُ العقد بما هو التعبير عن الإرادة المشتركة للأفرقاء. يمكن الإشارة إلى أن نجاح هذه الأطروحة يتأتى من واقعة أنها تتماشى تماماً مع الأيديولوجيا الليبرالية التي تعتبر أن البشر لا يمكن أن يتقيدوا إلا بإراداتهم ومع الأيديولوجيا الدولانية والتسلطية في آن.

يمكن الرد بنجاح على بعض الإنتقادات التي توجه لهذه النظرية. على سبيل المثال تلك الإنتقادات التي تلاحظ أنه من الصعب في أغلب الأحيان إيجاد إرادة بالمعنى السيكولوجي للكلمة في أصل جميع القواعد. يشار

مثلاً إلى أن الأعراف لا يريدها الناس أو أن بعض القواعد لم ينتجها فرد بل مجموعة. والحال أنه لا يمكن الكلام على إرادة جماعية إلا مجازاً. كما لا يمكن إعتبار أن القاعدة تعكس مجموع إرادات أعضاء المجموعة لأن هؤلاء ليسوا متوحدين (إجماعيين) unanimes إلا نادراً. وحتى أعضاء الأغلبية الذين صوتوا على نص معين ليس من الضروري أنهم جميعهم أرادوا الشيء نفسه.

يمكن الرد على النقد الأول بإختزال العرف بالإرادة[٢١] والدفع بأنه في الواقع ليس العرف من ينتج القاعدة بل فقط المشترع هو الذي يأمر بالخضوع للعرف.

أما بالنسبة للإنتقاد الثاني يُرَدُّ غالباً بأن الإرادة التي تُعتبر في أساس القاعدة ليست الإرادة بالمعنى السيكولوجي إذ إنه ليست الإرادة الواقعية لبعض الأشخاص هي التي تنتج القاعدة بل هي إرادة مبنية (مشيدة)، وهي بذاتها دوماً نتاج سلسلة من القرائن، أي من البناءات الخيالية. هكذا فإن مجموع أصوات الأغلبية النيابية يفترض أن تكون التعبير عن إرادة البرلمان وهذا الأخير التعبير عن الإرادة العامة، أي إرادة الحاكم، الذي هو بنفسه نتاج بناء خيالي. ولكن لجوءنا إلى هذه السلسلة من البناءات الخيالية يتم في نهاية الأمر على أساس الإفتراض بأن الإرادة يمكن أن تنتج قواعد.

هنا نصطدم بالنقد الأكثر قوة، الذي يتعبر عنه في الجزء الأول من مؤلف كلسن: الإرادة واقعة والواقعة لا يمكن أن تنتج قانوناً، لأنه لا يمكن إستنتاج "ما يجب أن يكون" من "كينونة الشيء".

إن الذين يقرون قاعدة معينة، دستوراً أو قانوناً أو مرسوماً أو عقداً

٢١ - أي جعله إنعكاساً للإرادة.

يعبرون دون شك عن إرادتهم في أن آخرين يسلكون مسلكاً معيناً ولكنهم لا يستطيعون إجبار الناس بأن يسلكوا مسلكاً متوافقاً مع إرادتهم. من ناحية ثانية لو كانت الإرادة كافية لخلق قواعد لانتفى التمييز بين أمر السارق وأمر الجابي.

هكذا فإن عمل الإرادة لا يخلق أي قاعدة ولا يحمل إلا المعنى الذاتي للقاعدة، أي من منظور الجهة التي أقرتها. والقاعدة العليا هي التي تمنح عمل الإرادة المعنى الموضوعي للقاعدة. فالإرادة إن هي إلا واقعة تهيئها القاعدة العليا لإنتاج القاعدة السفلى. بحسب الدستور: "في حال عبرت أغلبية برلمانية عن إرادتها لإقرار نص معين فإنه يجب تطبيق هذا النص كقانون". ليست إذاً إرادة الأغلبية التي أنتجت القانون بل الدستور نفسه. كذلك إذا كان العقد قاعدة فليس بسبب تبادل الإرادات بل لأن القانون يجعل من هذا التبادل شرطاً لإلزام الفريقين. هذا هو مثلاً معنى المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي: "العقد شريعة المتعاقدين". لذلك كتب كلسن أن وحده القانون -وليس واقعة كالإرادة et non un fait comme la volonté- ينتج قانوناً أو أن القانون ينظم إبتكاره الخاص.

والحال أنه لا يمكن إلا بصعوبة التوفيق بين هذا الدحض والمفهوم التعبيري للقواعد الذي سيدافع عنه كلسن، أي فكرة أن القواعد هي فقط التعبير عن إرادات إنسانية، والذي ليس إلا نوعاً آخر من المفهوم الأمري.

يبدو أن التوفيق يمكن أن يحصل عبر التمييز بين البيان énoncé والقاعدة، لا سيما عندما تعتمد الفكرة التالية التي يؤيدها الواقعيون والتي تقول إن المشترع لا ينتج إلا بيانات أما القاعدة فهي تعبِّرُ عن إرادة المفسِّر interprète.

ب- مسألة المصادر la question des sources

إن عبارة "مصادر القانون" التي نشأت في الفقه الألماني للقرن التاسع عشر تعني في آن الأنماط المختلفة لإنشاء القواعد وطبقات القواعد classes de règles التي يتعبَّرُ عنها بالطريقة التي نشأت فيها هذه القواعد. إن بعض صعوبات نظرية المصادر ترتبط بالمجاز. فهي تجعلنا نعتقد، تماماً كما المياه تنبع من أعماق الأرض، أن القانون كان موجوداً قبل وضعه، قبل أن يضعه الجهد البشري. بهذا المعنى يتم التمييز عادة بين المصادر الشكلية التي هي بالضبط طبقات أعمال منشئة للقواعد (كالقانون والإجتهاد) والمصادر المادية للقانون، وهي عبارة تعني أصل القواعد الموضوعة لاحقاً في القانون الوضعي.

تختلف المصادر المادية عن بعضها البعض كثيراً بحسب النظريات. فالمدرسة التاريخية الألمانية للقرن التاسع عشر تُشدد على الوعي الجماعي للشعوب، أما بحسب نظريات لاحقة التركيز هو على المعطيات الإقتصادية والإجتماعية. يمكن أن تُنسب لهذه النظريات وظائف مختلفة. حيناً، من زاوية وصفية، يُزعم بأن القواعد règles القائمة تعكس فعلاً القواعد القائمة مسبقاً في الوعي الجماعي ويمكن إيجادها في التقاليد أو الأعراف؛ وحيناً آخر، من زاوية أمرية، يطلب من المشترع ترجمة هذه القواعد في القانون الوضعي أو من القاضي البحث عن حلول لا يمكن اكتشافها في القانون الوضعي، أي في المصادر الشكلية.

والمصادر الشكلية تستخدم هي أيضاً بمعنيين مختلفين. يُعنى بها بصورة عامة النشاط التشريعي للبرلمانات أو نتاجات هذا النشاط، أي طبقات البيانات classes d'énoncés مثل نصوص القوانين. في الواقع

هذان المعنيان يقابلان مفهومين خاصين بالقاعدة norme. إذا تمَّ تحديد القاعدة والبيان فإن مصدر القانون هو نمط إنتاج البيان، أي عمل التشريع. وهذا العمل ينتج بيانات وهذه البيانات الأخيرة هي قواعد. ولكن إذا كانت القاعدة هي فقط معنى البيان، فإن عمل التشريع الذي ينتج فقط نصوصاً لا ينتج قواعد. لا تُنتَجُ هذه إلا من التفسير، ويقال إن النصوص ليست مصادر قانون إلا لأنها موضوع تفسير.

من وجهة نظر وضعانية يجب أن يقتصر التحليل على وصف المصادر الشكلية وحدها لأن المصادر المادية لا تحمل أي صفة إلزامية بحسب القانون الوضعي. إلا أن هذا الوصف يفتح لنقاشات فقهية مهمة لا تخلو من أفكار مسبقة أيديولوجية في مسألة معرفة ما هي مصادر القانون.

لا يقر الفقه القانوني الكلاسيكي إلا بمصدرين للقانون الداخلي -في القانون الدولي تُطرح المسألة بصورة مختلفة- هما القانون والعرف. هذا الطرح يرتكز على فكرتين: أن العقود والقرارات الفردية ليست قواعد وأن جميع القواعد التي ليست قوانين وأعراف من مثل الأنظمة الإدارية هي فقط متفرعة.

لقد جرى نقد هذا الطرح بقوة لا سيما من وجهة نظر النظرية الكلسنية. فمن ناحية يرتكز هذا الطرح على التمييز الخاطئ بين القواعد règles والقرارات الفردية لأنه في جميع هذه الحالات نكون أمام قواعد. ومن ناحية ثانية أُنتجت جميع هذه القواعد تطبيقاً لقاعدة عليا وهي تأمر بسلوك معين يمكن أن يُنتج بدوره قاعدة أخرى. هكذا يكون القانون مُبتكراً (منتجاً، مخلوقاً) في كل درجات النظام القانوني. وصف مصادر القانون لا يمكن إذاً أن يقتصر على القانون والعرف.

ولكن من ناحية ثانية لا يمكن أن نقيم تصنيفاً عاماً لأنماط الأعمال القانونية actes juridiques لأن عملين متشابهين يمكن أن يُنتجا قواعد من درجات مختلفة. إذا اعتبرنا أن المحاكم تُنتج قواعد فإن التي تَصدر عن المحاكم الدنيا لا تحمل المفعول ذاته الذي تحمله تلك الصادرة عن المحاكم العليا.

لكن مفهومة "مصادر القانون" هي ضرورية لوصف نظام قانوني خاص، لأنه يمكن تمييز هذا النظام القانوني عبر تحديد المركز الذي يحتله هذا أو ذاك المصدر في التراتبية القانونية. يمكن مثلاً وصف النظام القانوني الفرنسي المعاصر عبر وضع الدستور في قمة التراتبية القانونية، ثم المعاهدات فوق القوانين ولكن تحت الدستور.

من ناحية ثانية بهذه العبارات يقارب القانونيون عادة مسألة معرفة أي نوع من النشاط الإنساني قادر على خلق القانون. نقصر بحثنا هنا على إثنين من النشاطات التي يدور جدال حول صفتها كمصدر قانون.

ج- العرف

بصورة عامة يعرَّفُ العرف على أنه ممارسة pratique متكررة ضمن مجموعة من الناس مطعَّمة بالشعور بالصفة الإلزامية لهذه الممارسة. يشار غالباً إلى الغموض الكبير لهذا التحديد لأنه من المستحيل تحديد مدة التكرار وحجم المجموعة البشرية التي تمارس هذا العرف وطبيعة الشعور بالإلتزام وطريقة التعبير عن هذا الشعور أو أيضاً عدد أو نوعية الأشخاص الذين يمارسون هذا العرف. إلا أن مسألة معرفة إذا كان العرف مصدراً من مصادر القانون أم لا فهي موضوع نقاشات أيديولوجية ونظرية.

على المستوى الإيديولوجي يصار إلى عملية مقارنة بين حسنات وسيئات القانون والعرف. مؤيدو العرف يدفعون بأن القانون هو قرار أحادي صادر عن المشترع وحده فيما العرف هو ممارسة عفوية، ثمرة إختبار، تعكس بصورة أفضل إحتياجات المجموعة الإجتماعية وتشكل التعبير عن الوعي الجماعي. نجد هؤلاء المؤيدين وبحسب تشديدهم على هذه أو تلك الناحية في آن بين أعداء الثورة (ايام الثورة الفرنسية) كما في القرن التاسع عشر بين هؤلاء الذين يرون في العرف وسيلة تسمح للناس الخضوع لقانون مستقل والإفلات من طغيان القانون الذي ليس سوى التعبير عن إرادة الطبقة المسيطرة. لقد أشار بعض علماء أنتروبولوجيا القانون إلى دور العرف واهتموا بتبيان أن القانون هو ظاهرة عالمية قائمة حتى في المجتمعات دون دولة وحتى في مجتمعات ما قبل الكتابة. كذلك فإن منظري التعددية القانونية يدافعون عن قيام منظومات قانونية أخرى في المنظومات القانونية الدولانية كما في المنظومات القانونية القريبة منها، تعكس تعددية المجموعات الإجتماعية وحيث يحتل العرف فيها مكاناً مهماً.

أما أعداء العرف فهم يشيرون إلى أن العرف هو محافظ بصورة أساسية لأنه، بعكس القانون، لا يولَدُ إلا بعد مدة طويلة ولا يتغير بسهولة ومحتوى القاعدة العرفية هو إنعكاس أحكام مسبقة وغير عقلانية.

على المستوى النظري تَنتُجُ المسألة الأكثر صعوبة، وبالتأكيد، عن الفصل بين الكينونة ووجوب الكينونة (ما يكون وما يجب أن يكون)، اي بين الفعل والقانون. فالممارسة المتكررة والشعور بصفتها الإلزامية هي وقائع. لكن الفعل (الواقعة) لا يمكن أن يخلق القانون كما رأينا ذلك بما يخص الإرادة. والحال أن القواعد العرفية موجودة. إن التفسير الأكثر إنتشاراً

يقول بأن الأمر هو كذلك بفعل الإستناد إلى قاعدة عليا تأمر بالخضوع للعرف. بعض القوانين توعز إلى المحاكم تطبيق العرف في حالة غياب أو غموض القانون. في هذه الحالة ليست الواقعة من يخلق القانون إنما قاعدة عليا. فالواقعة ليست إلا الشرط الذي وضعته قاعدة عليا للسلوك مسلكاً معيناً. كما لو تقول هذه القاعدة: "إذا تكررت ممارسة معينة خلال مدة معينة وإذا تطعمت بالشعور بصفتها الإلزامية، عند ذلك يجب الخضوع لهذه الممارسة".

إلا أن هذا التفسير يصطدم بحائط: ثمة قواعد عرفية لا تأذن بها قاعدة عليا. ولكن تُذلل هذه الصعوبة بالقول إن الأحكام عندما تطبِّقُ قواعد عرفية يمكن الإفتراض دوماً إن ثمة تفويضاً ضمنياً من قبل المشترع طالما هذا الأخير لا يبطل هذه الأحكام، رغم أنه يستطيع فعل ذلك. ولكن ثمة أعرافاً حيث لا يمكن تصور اي تفويض ضمني من قاعدة عليا لأنه لا يوجد قاعدة عليا. إنها حالة العرف الدستوري أو العرف الدولي.

يمكن تصور نمطين من الحلول: بحسب النمط الأول والذي اعتمده كلسن، يُتبع في موضوع العرف الدستوري التحليل ذاته الذي اعتُمد في موضوع القواعد المعبَّر عنها في النص الدستوري: يكمن أساس الصحة في القاعدة الأساسية. بحسب النمط الثاني، الأقرب من زاوية واقعية، يُتبَعُ ايضاً التحليل ذاته الذي اتُّبِعَ في موضوع النص الدستوري: إن سلطات التطبيق (إعمال القوانين)، لا سيما المحاكم، ولكن ليس فقط المحاكم، تُسنِدُ لممارسات متكررة معنى القواعد. وهذا الإسناد هو تفسير وبالتالي قرار، لا يبين فقط الصفة الإلزامية لهذه الممارسات بل ايضاً محتواها لأن المحاكم تؤكد أولاً قيام هذه الممارسات ثم أن هذه الممارسات

لها صفة عرف وأخيراً إن القاعدة العرفية توعز بهذا او ذاك السلوك (أنظر الفصل الرابع).

د- الإجتهاد

"الإجتهاد" هو مجموع القواعد الناتجة عن نشاط المحاكم. إن مسألة معرفة إذا كان الإجتهاد مصدراً من مصادر القانون تستثير هي أيضاً نقاشات ايديولوجية ونظرية.

من زاوية أيديولوجية ثمة تقليد موروث من عصر الأنوار يرى أن الإجتهاد لا يجب أن يُعتبر مصدراً قانونياً لأن مصدر القانون الوحيد المقبول هو القانون. وبالفعل ففي المنظومة التمثيلية يُعتبر القانون نتاج الناس والخضوع للقانون هو خضوع لإرادة الناس. من ناحية ثانية أياً كان أصل ومحتوى القانون فهو معروف مسبقاً حتى أن الأوامر المستنتجة من القانون يمكن ارتقابها وكل فرد يعرف حقوقه وواجباته. لا يجب أن تُنتج المحاكم بالتالي قواعد بل فقط أحكاماً مستنتجة من القانون بواسطة العملية القياسية (السيلوجيسم). لذا كَتب مونتسكيو أن قوة الحكم هي "إلى حد ما لا شيء"(٢٢).

أمام هذا التقليد يُدفع بأن القانون ليس ولا يمكن أن يكون كاملاً، يمكن أن يكون غامضاً وأن يكون المشترع قد قرر ما قرره بصورة مجردة. عند تطبيق القانون فقط يمكن ملاحظة أن بعض الوقائع لم يتم ارتقابها وأن الظروف تبدلت أو أنه يجب إدخال بعض المرونة لإجتناب حالات تنطوي على ظلم. من الضروري إذاً أن تُنتج المحاكم قواعد لملء ثغرات القانون.

---

٢٢ - روح القوانين، الكتاب الحادي عشر، الفصل السادس.

ولكن من وجهة نظر وصفية المسألة ليست في معرفة إذا كان خلق القانون على يد المحاكم أمراً جيداً أو متوافقاً مع الليبرالية السياسية إنما في معرفة هل تتمتع المحاكم بهذه الصلاحية. رغم المظاهر لا يستدعي هذا السؤال إجابة بسيطة لأن قيام الصلاحية ليس ظاهرة يمكن ملاحظتها تجريبياً.

المفهوم التقليدي يضع بالتقابل من ناحية خلق القانون ومن ناحية ثانية تطبيق القانون. طالما تُعمِل المحاكم القانون فهي لا تخلق بالتالي. القرارات القضائية ليست إذاً قرارات حقيقية. بدون شك نجد نصاً (بياناً) لقاعدة عامة في تعليل الحكم ولكن هذا ليس إلا استعادة للقانون الذي يشكل المقدمة المنطقية الكبرى من العملية القياسية prémisse majeure du syllo-gisme أو تفسير القانون. والحال أن التفسير ليس إلا كشف معنى موجود مسبقاً.

ينتقد كلسن هذه الرؤية التقليدية دون أن يبتعد عنها بالكامل. ونقده يرتكز أولاً على إعادة النظر بالتعارض بين الخلق (خلق القواعد القانونية) والتطبيق. ينتج عن البنية نفسها للمنظومة أن جميع الأعمال القانونية هي تطبيق قاعدة عليا وفي الوقت نفسه تخلق قواعد باستثناء الدستور طبعاً الذي يخلق قواعد وحسب. حتى لو أن الحكم يقتصر على التطبيق الميكانيكي للقانون فهو يخلق قاعدة لأن الحكم هو أمر (أمر لمدين بأن يدفع، أمر لإدارة السجون بسجن أحد المتهمين، إلخ..). يضيف كلسن بأنه في الواقع الحكم لا يقتصر على التطبيق الميكانيكي لقانون لأنه يترك بصورة شبه دائمة هامشاً معيناً من التقدير. فالقاضي الجزائي يمكنه أقله تقدير إذا ارتُكبت المخالفة فعلاً وإختيار عقوبة بين الحد الأدنى

والحد الأقصى والقاضي المدني الذي يقرر تعويضاً على ضرر معين يمكنه على الأقل تحديد المبلغ.

لكن هذا النقد ليس بكاف. فالمفهوم التقليدي لم يكن يعترض على واقعة أن القضاة يخلقون قواعد فردية بل فقط انهم يخلقون قواعد عامة. والحال أنه، في هذه النقطة بالذات، يصر كلسن تبعاً للصورة العامة التي يعتمدها على أن القضاة لا يستطيعون خلق القواعد إلا إذا كان ثمة قاعدة عليا، الدستور مثلاً، تسمح بذلك. وبالتالي فإن أطروحته، كما المفهوم التقليدي، لا تعكس حقيقة الأمور.

فالحقيقة هي أنه في المنظومات التي لا تسمح للمحاكم بخلق القواعد وحتى في المنظومات التي تحظر عليهم فعل ذلك فإن القانونيين juristes الذين يرغبون في معرفة القواعد القانونية عن كثب هم مضطرون للجوء إلى الإجتهاد أيضاً. نعرف مثلاً أن القانون الفرنسي للمسؤولية المدنية والذي لا نجد إلا بعض المواد المتعلقة به هو إجتهادي بكامله تقريباً. فالقضاة إذاً يخلقون قواعد عامة وليس فقط قواعد فردية.

ثمة تبريرات وتفسيرات عديدة لهذه الواقعة وهي ليست بالضرورة متعارضة بين بعضها البعض. ترتكز الأولى على معيار الضرورة. بما أن القاضي ملزم بتعليل قراراته الفردية فلا يمكن أن يصل إلى هدفه إلا عبر إستدعاء قاعدة عامة تشكل المقدمة المنطقية الكبرى من العملية القياسية prémisse majeure du syllogisme. إذا لم يجد القاضي قانوناً قابلاً للتطبيق في الحالة المعروضة فإن عليه أن يطبق مبدأ غير مكتوب ينبغي عليه خلقه. يمكنه أيضاً أن يجد عدة قوانين ويختار بينها فيحدد هكذا قاعدة. يُدفع أيضاً بقيام إذن ضمني من المشترع دوماً. إذا لم يعمد

المشترع إلى إلغاء أو تغيير القاعدة التي خلقها القاضي فهذا يعني أنه موافق على وجودها. بنظر المفكرين الذين يقبلون التمييز بين البيان والقاعدة ليست القوانين التي يكتشفها القضاة قواعد بل فقط بيانات يجب بالضرورة أن تخضع للتفسير. بحسب النظرية الواقعية هذا التفسير هو خلق للقاعدة (أنظر الفصل الرابع).

ولكن القواعد التي يصيغها القضاة لا تصلح مبدئياً إلا كأساس لحكم خاص ولا تربط الأفرقاء في الدعوى. كيف يا ترى إذاً يمكن أن يكون لها مفعول عام؟ بالطبع في بلدان المنظومة الأنكلوسكسونية ثمة قاعدة تُلزِم القضاة بتطبيق الإجتهادات السابقة في حالات مشابهة. وقيام قاعدة الإجتهاد الأسبق يعني الإقرار بأن القضاة يخلقون القانون في هذه البلدان. ولكن هذا الإقرار هو مستحيل في بلدان القانون المكتوب للأسباب التي سبق وصفها. إن تعميم مفعول القواعد التي يخلقها القضاة هو أمر سهل بفضل التنظيم التراتبي للمحاكم. عندما تصوغ محكمة عليا قاعدة معينة فإن المحاكم الدنيا لا تستطيع إجتناب تطبيقها تحت طائلة إلغاء قراراتها في الإستئناف. يعرف القانونيون أن القاعدة القابلة للتطبيق هي تلك التي تنبثق من إجتهاد المحاكم العليا.

هـ- خلق القانون والدولة

خلف مسألة مصادر القانون ثمة سجالان متعلقان بطبيعة ودور الدولة.

الأول يتعلق بقسط الدولة في خلق القانون.

يمكن أولاً الإعتراض على واقعة أن الدولة هي من يخلق (يصنع) جميع

القواعد. يرتكز هذا الموقف على التمييز بين الأعمال المولِّدة للقواعد والأعمال القانونية الأخرى مثل العقود. يعود خلق الأولى فقط للدولة أما العقود فهي نتيجة لقاء إرادات خاصة. هكذا يمكن تحديد مجالين: مجال القانون العام الذي تصنعه الدولة بصورة أحادية ومجال القانون الخاص، نتاج الإستقلالية الإرادية. وهذه الفكرة تعكس تماماً الإيديولوجيا الليبرالية التي تعتبر أن الدولة يجب أن تبقى في دائرة القانون العام ولا تتدخل مطلقاً في الدائرة الخاصة.

وعلى العكس يمكن أن نلقي على الدولة مهمة خلق جميع القواعد. تُبرِّرُ هذه الأطروحة بواقعة أن جميع القواعد، ومن ضمنها العرف أو العقود ليست صحيحة إلا لأنها متوافقة مع قواعد النظام القانوني العليا، أي القانون والدستور، وهما قاعدتان دولانيتان.

ولقد دافع كلسن عن فكرة أن جميع القواعد يمكن أن تكون دولانية بحيث أن عبارة الدولة هنا مستخدمة فقط للدلالة على النظام القانوني عندما أردنا شخصنته.

إن السجال الثاني مرتبط بالأول. هو يتعلق بالعلاقات بين الدولة والقانون ويؤدي إلى رأيين متناقضين، كل واحد منهما يستند إلى حجج خاصة. هل تخضع الدولة بذاتها للقانون؟ ثمة عدد كبير من الإجابات التقليدية على هذا السؤال ولكن لا يحمل أي منها إجابة كافية، وهي جميعها مرتبطة بأطروحات معقدة حول السيادة ودولة القانون.

إذا أجبنا سلباً على هذا السؤال لغدت الدولة سيدة وقوتها دون حدود. ولكن القاعدة التي تمنحها هذه السيادة هي بالضرورة متفوقة على الدولة وبالتالي فإن هذه الأخيرة ليست سيدة فعلياً.

أما الإجابة بالإيجاب والتي تقدمها نظرية دولة القانون الشهيرة فإنها تتفرع إلى إثنتين: يمكن التأكيد أن الدولة وُلدت بفضل القانون الذي وضع لها حدوداً. هذا القانون المتفوق على الدولة هو القانون الطبيعي وحدود الدولة تكمن في حقوق الإنسان. هذه النظرية كما سابقتها مرتبطة كلياً بالإنتماء إلى نظرية القانون الطبيعي المعاصر.

يمكن الدفاع أيضاً عن فكرة أن الدولة هي المصدر الوحيد للقانون الوضعي، ولكنها محدودة بقانونها بالذات. يُعترض على هذه النظرية بالقول إن هذه الحدود ليست حدوداً بكل معنى الكلمة بل إنها عملية "حد ذاتي" autolimitation.

كما يمكن القول مع كلسن أنه إذا كانت الدولة والقانون شيئاً واحداً فإن مسألة حد الدولة بالقانون هي مسألة خاطئة من الأساس. يغدو القانون هكذا تقنية ليس إلا لممارسة السلطة السياسية وما نسميه "الدولة" هي السلطة المنظمة والممارَسَة بحسب هذه التقنية (تروبير، ٢٠٠١).

الفصل الرابع
المنهج التحليلي le raisonnement في القانون

١ - التفسير

تعني عبارة "التفسير" في آن عملية إعطاء معنى لشيء -الذي يمكن أن يكون موضوعاً مادياً أو بياناً (نصاً) - ونتاج هذه العملية. ثمة في أدب نظرية القانون حول التفسير مفاهيم جد مختلفة. وهذه النظريات هي إما وصفية إما قاعدية وهي تتعارض في أكثر من نقطة، بخاصة حول طبيعة المعنى المعطى للشيء، حول طبيعة عملية التفسير، وحول طبيعة موضوع التفسير ومناهجه أو أيضاً حول نتائج هذه المفاهيم في ما يتعلق بفهم المنظومة القانونية.

أ - طبيعة التفسير

تُطرح مسألة طبيعة عملية التفسير فقط من زاوية وصفية. المطروح هو تحديد الوظائف العقلية المشتغلة في عمليات التفسير القانوني

الفعلية. على هذا الصعيد يمكن عرض أطروحتين تشتمل كل واحدة منهما على أطروحات متفرعة.

بحسب مفهوم تقليدي التفسير هو وظيفة معرفية (في مجال المعرفة). من هذه الزاوية ليس ثمة فارق بين التفسير القانوني والتفسيرات الأخرى من مثل التفسير الأدبي أو الديني. وهذا المفهوم يرتكز إلى بعض إفتراضات: يتم التفسير على بيانات (نصوص، عبارات..) لها معنى؛ وهذا التفسير واحد، بفعل العلاقة الضرورية بين الكلمات ومعانيها؛ هكذا فإن لكل بيان معناه الخاص الذي تكفي صياغته؛ إلا أن هذه الصياغة ليست تفسيراً حقيقياً. يجب اللجوء إلى التفسير فقط عندما يكون المعنى مخفياً بفعل غموض بعض البيانات؛ لا يكون التفسير ضرورياً عندما يكون البيان واضحاً in claris cessat interpretatio. عندما لا يكون المعنى واضحاً دور التفسير هو كشف المعنى الخفي. يتم فهم التفسير ذاته أحياناً بما هو التعبير عن نية صاحب البيان. ولكن يُفهم التفسير أحياناً أخرى بما هو الوظيفة الموضوعية التي يجب أن تملأها القاعدة في المنظومة القانونية أو المنظومة الإجتماعية. وبما هي وظيفة في المعرفة فإنها يمكن أن تنجح أم لا ونتاجها يمكن أن يكون صحيحاً أو خاطئاً. ولكن لكل بيان معين تفسيراً جيداً واحداً. كل التفسيرات الأخرى تكون خاطئة. أخيراً يمكن أن يقوم بهذا التفسير أي شخص شريطة أن يمتلك كفاءة تقنية كافية.

بحسب المفهوم المقابل والذي يُسمى أحياناً بالمفهوم الواقعي فإن التفسير هو وظيفة إرادية (أي في مجال الإرادة). كل بيان يحمل ليس فقط معنى بل عدة معان يجب الإختيار بينها. وهذا الخيار لا يعكس حقيقة موضوعية بل فقط الأفضليات الذاتية لمن يعبِّر عنها. هكذا لا

يمكن أن يكون نتاج التفسير صحيحاً او خاطئاً.

إلا أنه بما يخص التفسير القانوني يجب التمييز، بعد كلسن، بين التفسير الصحيح (الأصيل) والتفسير الفقهي، المسمى أحياناً التفسير العلمي. يستخدم كلسن عبارة "أصيل" بمعنى مختلف عن معناها الكلاسيكي.

في اللغة القانونية الكلاسيكية التفسير الأصيل هو الذي يصدر عن صاحب العمل بالذات، الذي يحق له وحده إعطاءه. تبرَّرُ هذه الصلاحية الحصرية بحجتين: من ناحية، الذي أصدر العمل، المشترع مثلاً، هو الذي يعرف المعنى أفضل معرفة؛ من ناحية ثانية، وهذا الأهم، إن القدرة على تحديد المعنى تسمح بإعادة صنعه بحيث أنه إذا سمحنا لغير المشترع أن يفسر القانون فهذا يعني منحه السلطة الإشتراعية.

في لغة كلسن التفسير الأصلي ليس ذلك الذي يصدر عن صاحب العمل بل بصورة عامة ذلك التفسير الذي تقدمه سلطة فُوِّضت لها سلطة التفسير أو سلطة لم تُفوَّض لها سلطة التفسير بصورة رسمية ولكن النظام القانوني يقر بمفاعيل أعمالها. هكذا يتخذ صفة التفسير الأصلي ذلك التفسير الذي يصدر عن محكمة عليا ولكن أيضاً تفسير الدستور الذي يقدمه البرلمان في حال غياب محكمة دستورية. لا يوجد اي فارق بين هذين التفسيرين لأنه اياً كان محتواهما، فهما يُفرضان ولا يمكن الإعتراض عليهما وأن النص المفسَّر لا يحمل أي معنى غير الذي أعطاه له المفسر. التفسير الأصلي هو إذاً قرار يضع حداً للسجال. وتسمح السمة بالتمييز بصورة واضحة بين التفسير القانوني والتفسير الأدبي أو الموسيقي، اللذين لا ينتهيان بقرار ويمكن أن يستمرا إلى ما لا نهاية.

ينتج عن هذا أن العمل التفسيري لا يقوم فقط عندما يكون النص غامضاً بل في كل مناسبات التطبيق. يمكن تبرير هذه الأطروحة بشكلين: أولاً كي ندافع عن فكرة وضوح النص يجب معرفة معناه؛ بمعنى آخر يجب أن يكون قد خضع مسبقاً للتفسير. من ناحية ثانية في حال تمتع سلطة معينة بإعطاء التفسير الأصلي، فإن بإمكانها الإقدام على ذلك عندما يكون النص واضحاً كما عندما يكون غامضاً. ففكرة أن النص الواضح ليس بحاجة للتفسير هي فقط وسيلة لإخفاء سلطة التفسير. يحصل مثلاً أن تُمنع سلطة معينة من تفسير بعض النصوص وتلزم في حالة الغموض بطلب التفسير الرسمي من سلطة أخرى. يكفي إذاً أن تؤكد أن النص واضح حتى تحدد هي بنفسها معناه.

يُعتبر أحياناً أن مسائل التفسير تتأتى ليس فقط من غموض النصوص بل من الشوائب أو من التضادات. ولكن ما قلناه عن الغموض يمكن قوله عن الشوائب والتضادات: كي يتم التأكيد على أن النصوص تشوبها شوائب وتضاد (تناقضات) يجب أن تكون مسبقاً قد خضعت لعملية تفسير. والحال أن هذا التفسير هو بذاته قرار موضوعه إعتبار النصوص مشوبة بشوائب أو متضادة بحيث تبرز ضرورة التفسير.

هكذا إذا اعتبرنا أنه ليس ثمة أي معنى غير الذي يقدمه المفسر الرسمي، أياً كان محتواه، ففي هذه الحالة يكون غير ذي فائدة أي زعم فقهي يقرر خطأ تفسير معين.

وبالفعل بما أنه لا يوجد أي معنى موضوعي يمكن مقارنته بنتاج التفسير الأصيل، فإن التأكيد على أن تفسير المحكمة العليا هو خاطئ يعني فقط أننا نقارنه بالتفسير الذي يكون الفقه قد جعله نمطاً معمماً

standard. بما يخص التفسير الفقهي يعتبر كلسن أنه عمل معرفي ولكن بخلاف الأطروحة التقليدية فهو لا يقر بأن هذا التفسير يسمح بإكتشاف المعنى المخفي الوحيد. إن هذا التفسير يصبو فقط إلى وصف جميع المعاني الممكنة لبيان (لنص) بحيث يستطيع المفسر الأصيل الإختيار بينها. تعرضت هذه الأطروحة إلى نقد عبر بعض الحجج البسيطة. بدايةً، لا يمكن الإكتفاء بوصف كلمة أو بيان énoncé في اللغة الطبيعية لأن لا شيء يمنع المفسر الأصيل من إعطائهما معنى خاص مختلف لإحتياجات التطبيق. ثم أنه يستحيل وصف جميع المعاني الممكنة لأن العلاقة بين البيان ومعناه هي ظرفية ويمكن دوماً أن يعمد المفسر الأصيل إلى فرض معنى لم يفكر به أحد وبصورة تعسفية. أخيراً لا يمكن ضبط الإقتراحات التي يؤدي إليها هذا التفسير: إذا أعطى قاض معنى معيناً لنص بحيث أن أحداً قبله لم يفعل ذلك فهذا ليس بخطأ فقهي ولا يعني أن الفقه أخطأ بل يعني أن هذا القاضي أطلق قاعدة بحسب مفاضلاته الشخصية.

هكذا إذا كان ثمة فارق كبير بين التفسير الأصيل والتفسير الفقهي فهو لا يكمن في واقعة أن الأول هو عمل معرفي والثاني عمل إرادوي بل فقط في أن النظام القانوني يمنح مفاعيل للأول ولا يمنحها للثاني. في جميع الأحوال إنها إيعازات (أوامر) prescriptions ولكن في حالة التفسير الفقهي ثمة فقط توصية، فيما في حالة التفسير الأصيل (القاضي مثلاً) إنه عمل يخلق قواعد.

ب- مناهج التفسير

لا يجب الخلط بين مناهج التـفـسـيـر وطرق procédés أو تقنيـات التـفـسـيـر، ولا مع نتـائج التـفـسـيـر. هـذه الطرق هـي أنماط مـحـاجـجـة مستخدمة في التحليل القانوني بصورة عامة ومطبقة في التفسير مثل الحجج التالية: "المعاكسة"، "التشابه"، "من باب أولى". من ناحية ثانية يمكن مقارنة النتائج المحصَّلة بواسطة مناهج وطرق والتمييز بين التفسير التوسعي والتفسير التضييقي.

لن نعالج هنا إلا المناهج الأصلية، أي مبادئ المنهج العام للتفسير أو طبقات الحجج الخاصة بالتفسير القانوني. تجدر الإشارة إلى أن عبارة "مناهج" هي خادعة لأنها تجعلنا نعتقد أن المقصود هي الوسائل التي تسمح بإستخلاص المعنى الحقيقي للنص أو أقله المعنى الأفضل. هذه العبارة ترتبط إذاً بنظرية "التفسير-المعرفة". في حال رفضنا لهذه النظرية يجب إعتبار "المناهج" كمجرد حجج مستخدمة لتبرير التفسير الذي نرغب اعتمادَه. يمكن التمييز بين عدة أنواع من التفسير: التفسير الرمزي (أو العلامي) sémiotique، الجيني génétique، والمنظومي systé- mique، والوظيفي.

التفسير الرمزي يتأسس على اللغة. تتلقى الكلمات والعبارات المعنى الذي تتخذه عادة في اللغة والذي ينتج عن قواعد الصرف والنحو. واللغة يمكن أن تكون اللغة الطبيعية أو لغة تقنية، لغة القانون أو لغة فرع (فرع أكاديمي) خاص.

التفسير الجيني يرتكز على الإرادة الفعلية لصاحب النص، كما يمكن أن نعيد بناءه عبر الأعمال التحضيرية على سبيل المثال.

التفسير المنظومي يهدف إلى إيضاح جزء من نص عبر نص آخر، أو حتى عبر نصوص أخرى.

أخيراً التفسير الوظيفي يعطي النص المعنى الذي يسمح له ملء الوظيفة المسندة إليه. أحد أنواع التفسير الوظيفي هو التفسير الغائي (التيليولوجي ـ لكل شيء غاية) الذي يرتكز على الهدف الذي يرسمه المشترع.

في الواقع كل هذه الفئات تتقاطع. هكذا يمكن تحديد وظيفة النص بواسطة حجج مستقاة من اللغة المستخدمة أو من المنظومة ككل (الظروف المنظومية contexte systémique) أو من إرادة المشترع في إستخدام كلمات بمعناها العادي أو بمعناها التقني بواسطة حجج منظومية. من ناحية ثانية يمكن أن تهدف كل من هذه المناهج، بإستثناء المنهج الجيني طبعاً، إلى إكتشاف نية صاحب النص الأصلي وفي آن معنى موضوعي، مستقل عن هذه النية. هكذا فبالتفسير الرمزي (السيميوتي) يمكن البحث عن معنى الكلمات إما عند تاريخ صياغتها وإما بتاريخ تفسيرها. كذلك بواسطة التفسير الوظيفي يمكن البحث إما عن معنى البيان كي يملأ الوظيفة التي أرادها له صاحب النص وإما الوظيفة التي يجب أن يحملها لإنتاج أفضل المفاعيل في المجتمع المعاصر.

إن البحث عن نية صاحب النص أو عدم الإكتراث لهذا الأمر هما موقفان مرتبطان بالآراء الإيديولوجية. ففي الولايات المتحدة الأميركية الذين يريدون تفسير الدستور تبعاً لنية كاتبيه الأصليين هم المحافظون. إذا أعطينا للكلمات المعنى الذي كانت تحمله في القرن الثامن عشر فإنه يجب إعتبار بعض القواعد والسياسات التي يحاربها المحافظون غير

جائزة دستورياً مثل التمييز الإيجابي affirmative action. وحجتهم الرئيسية هي أن المحكمة الدستورية غير المنتخبة وغير المخولة السلطة الدستورية لا تمتلك أي مشروعية لتطبيق دستور مختلف عن الذي أراده مؤسسوه. أما خصومهم، أتباع المدرسة التفسيرية فهم ليبراليون. يحاججون بأنه في النظام الديمقراطي لا يجب أن يخضع شعب اليوم لشعب البارحة وأنه يجب تفسير الدستور لا كقاعدة جامدة منذ قرنين بل كقاعدة حية.

يُفهم من هذا أن مناهج التفسير لا يمكن أن تؤدي إلى نتيجة واحدة وأكيدة، لسبب بسيط وهو أن المعنى الحقيقي هو غير موجود وأن المناهج تعطي نتائج مختلفة بحسب طريقة ترتيب (تراتبية) الحجج. هكذا فإن وجود هذه المناهج لا تطرح تساؤلات حول حرية المفسر بل على العكس تؤكد هذه الحرية.

ج- موضوع التفسير

يتم الإقرار غالباً بأن التفسير يأتي على قواعد. في الواقع هذه الفكرة هي غير مقبولة ويجب دحضها. فهي ترتكز على خلط بين، من ناحية، النص texte (أو بالتحديد جزء من نص، أي بيان) ومن ناحية ثانية القاعدة norme. فالقاعدة ليست إلا المعنى الإيعازي prescriptive لبيان. القول إن النص يمكن أن يشتمل على عدة معان يعني التأكيد على أنه يمكن أن يعبر عن عدة قواعد. على سبيل المثال المادة ١١ من الدستور الفرنسي تعني إما إمكانية طرح مشروع تعديل دستوري مباشرة عن طريق الإستفتاء وإما حظر ذلك. ولكن إذا كانت القاعدة تعبِّر عن معنى فإنه لا

يمكن إخضاعها للتفسير لأن المعنى لا يمكن أن يكون له معنى. فالتفسير إذاً لا يمكن أن يأتي إلا على بيان وهو يحدد القاعدة التي يعبِّرُ عنها هذا البيان. يمكن إذاً أن نعبِّر على الشكل التالي عن الفكرة المذكورة آنفاً والتي تقول بعدم وجود معنى قبل التفسير: قبل التفسير لا من قاعدة بل مجرد نص.

ولكن لا يُفسَّر البيان لتحديد محتواه فقط، أي ما يأمر به، بل أيضاً لتحديد وضعيته statut. هكذا قبل أن نعرف ما يأمر به إعلان حقوق، إذا كان يسمح أو لا يسمح للمشترع بالحد من حرية إنشاء الجمعيات وحرية الإجهاض، من المهم أن نحدد إذا كان يتمتع هذا الإعلان بالقيمة القانونية، أي إذا كان يشتمل على قواعد ملزمة قانونياً، وفي حال الإيجاب لمن هي ملزمة. نعرف أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قرر في العام ١٩٧١ أن ديباجة الدستور والإعلان الذي تحيل إليه هي ملزمة للمشترع. إذاً إن إرادة القاضي هي التي منحت هذا البيان قيمة دستورية.

تجدر أيضاً الإشارة إلى أن التفسير يمكن أن يتناول الوقائع وذلك في حالتين مختلفتين. إذا فرض القانون إتباع سلوك معين "أ" في حال حصلت واقعة معينة "ب"، يجب علينا بالضرورة وقبل إتباع السلوك المأمور به، معرفة إذا حصلت الواقعة أم لا. قبل أن تحكم المحكمة بالعقوبة المنصوص عليها والمتعلقة بجريمة معينة علينا التأكد من وقوع هذه الجريمة. والحال أن التأكد من وقوع الجريمة ليس مجرد رصد لواقعة تجريبية، بل قرار بكل معنى الكلمة. يحصل أحياناً ورغم وضوح الوقائع ووضوح الشمس أن تقرر المحكمة عدم وقوع الجريمة. هذا ما يحصل عندما تقرر هيئة قضائية إجتناب إتهام أحد الأشخاص بجريمة قتل إثر ارتكابه القتل

الرحيم. بما أنه لا يمكن معارضة هكذا قرار فهو الذي ينتج مفاعيل قانونية أياً تكن الحقيقة التجريبية.

لكن التفسير لا يتناول فقط الوجود المادي للوقائع. بل هو يتناول أيضاً التكييف القانوني. إنها عملية إدخال واقعة معينة في فئة معينة. هكذا حتى لو أن المتهم استولى على شيء معين، فإن هذه الواقعة يمكن أن تعتبر فعل سرقة أم لا. إن التكييف القانوني يشكل تفسيراً للواقعة وله نقاط تشابه عديدة مع تفسير البيان. في المثال السابق، يمكن أن تختار المحكمة إما تفسير البيان عبر تقديم تعريف عام للسرقة، إما تكييف العمل الفعلي (الملموس) دون اللجوء إلى تعريف مسبق. الحل الأول يسمح للمحكمة إنتاج قاعدة عامة (كل السلوكات التي يعتبرها القاضي سرقات تعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في القانون). أما الحل الثاني الذي لا يصلح إلا في الحالة المحددة المعروضة، فهو ينقذ المحكمة من ضرورة صياغة تعريف صعب تصبح ملزمة به هي بدورها. فلنذكر مثلاً مقولة "الأب الصالح"، أو "الإخلال بالآداب العامة"، هذه المقولات-الصيغ التي تسمى معايير ستاندار standard.

د- الجهة التي تقوم بالتفسير

إذا كان التفسير الأصيل هو فقط التفسير الذي يمنحه النظام القانوني مفاعيل، أي التفسير الذي لا يمكن نقضه والذي يلازم النص عضوياً، ففي هذه الحالة ينبغي أن تُعتبر مفسراً أصيلاً كل سلطة صالحة لإعطاء هذا التفسير.

طبيعي أن يكون المقصود هنا المحاكم العليا. ولكن ثمة سلطات أخرى

صالحة لإعطاء تفسيرات أصيلة: المقصود هنا تلك السلطات التي، رغم كونها غير قضائية، بإمكانها تقديم تفسيرات غير قابلة للإعتراض أمام أي جهاز قضائي. فالدستور الفرنسي للعام ١٩٥٨ يقدم بعض الأمثلة: على سبيل المثال يفسر رئيس الجمهورية بمفرده المادة ١٦ من الدستور ويقرر ماذا تعني عبارات من مثل "تهديد خطير ومباشر" أو "توقف في سير عمل السلطان العامة". تجدر ملاحظة أن التفسير يمكن أن يتناول إما تعريف هذه العبارات وإما تكييف الظروف الواقعية. نلاحظ أيضاً أن التفسير الأصيل الذي تقدمه سلطة غير قضائية هو بما لا يدعو لأي شك قرار لأن سلطة أخرى يمكن أن تعتبره قراراً إجرامياً. هذه هي حالة المادة ١٦ من الدستور الفرنسي للعام ١٩٥٨: إن إعمال رئيس الجمهورية للسلطات الإستثنائية على أساس المادة ١٦ يمكن أن يعتبره البرلمان عملاً يشكل جريمة الخيانة العظمى. إذا إتخذ رئيس الجمهورية قراره آخذاً بعين الإعتبار القرار المحتمل للبرلمان يصبح هكذا التفسير الأصيل نشاطاً ممارَساً بصورة مشتركة وثمرته نتاج موازين قوى بين سلطات صالحة.

هـ- سلطة المفسِّر

إن نظرية التفسير بما هو عمل يكشف المعنى المخفي هي مرتبطة بصورة وثيقة بفكرة أن القاضي لا يمارس ولا يجب أن يمارس أي سلطة. يقتصر عملُه على إعلان قاعدة قياسية مقدمتها المنطقية الكبرى pré-misse majeure القانون، والصغرى prémisse mineure الواقعة. عندما يكون بيان (نص) القانون واضحاً لا حاجة للتفسير وعندما لا يكون واضحاً دور التفسير هو كشف معنى مخفي بواسطة مناهج أكيدة ولكنه،

أي التفسير، حاضر في البيان. وهذه النظرية تعكس مذاهب الفصل بين سلطات الدولة والقانون.

على العكس، فكرة أن التفسير هو عمل إرادي تؤدي إلى الإقرار بسلطة واسعة جداً للقاضي ولكل مفسِّر. وبالفعل إذا اعتبرنا أن التفسير هو تحديد معنى نص وإذا كان هذا التفسير ليس إلا القاعدة norme المعبَّر عنها بالنص فإن المفسر هو الذي يحدد القاعدة. فهذه الأخيرة لا يضعها صاحب النص المفسَّر، المشترع مثلاً، بل المفسر الأصيل. لذلك يستخلص من النظرية الواقعية الكلاسيكية أن المشترع الحقيقي ليس البرلمان بل مفسِّر القانون، المحكمة مثلاً. وإذا أكملنا هذا التحليل يمكن القول إن صاحب النص الدستوري الحقيقي ليس كاتب الدستور بل المجلس الدستوري.

في الواقع يجب إيضاح هذه الإستنتاجات لأن سلطة المفسر هي في آن واسعة جداً وضيقة جداً. هي واسعة لثلاثة أسباب: تجدر الملاحظة بداية أن سلطة المفسر تتناول في العملية القياسية المقدمة المنطقية الكبرى كما الصغرى. على سبيل المثال تفسِّر محكمة دستورية الدستور وتحدد القاعدة الدستورية ولكنها تفسر أيضاً نص القانون المرفوع أمامها ويمكن أن تقرر القاعدة التشريعية. من ناحية ثانية للتفسير مفعول رجعي لأن النصوص تُعتبرُ حاملةً منذ البداية المعنى الذي أُعطي لها. ولكن بخاصة السبب الثالث هو الذي يجعل سلطة المفسر مهمة جداً: عندما تقوم محكمة دستورية بعملية تفسير بيانات، فإنها تستطيع أن تحدد صلاحياتها بالذات، وفي أغلب الأحيان لتوسيعها. هذا ما فعلته المحكمة العليا للولايات الأميركية عندما أعلنت نفسها في العام ١٨٠٣ صالحة

لإعمال رقابة على القوانين أو المجلس الدستوري الفرنسي في العام ١٩٧١ عندما قرَّر إعمال رقابته في موضوع ديباجة الدستور والمبادئ الأساسية التي تقر بها قوانين الجمهورية.

ولكن من ناحية ثانية تبدو سلطة المفسر محدودة جراء عدة عوامل. الحد الأول لا يصطدم به جميع المفسرين. والمقصود هنا إستحالة أن ترفع بعض الأجهزة القضائية بذاتها قضية التفسير (أي دون ضرورة أن تُرفع القضية من قبل مستدعٍ). هذا الحد قائم في حالة المجلس الدستوري. وعلى العكس، ثمة حالات حيث إمكانية تقديم المراجعات تكون واسعة جداً، كما لدى مجلس شورى الدولة أو بعض المحاكم الدستورية الأجنبية، بحيث يجري الكلام على "رفع ذاتي للدعاوى"، أي أن المحاكم هي التي ترفع الدعاوى autosaisine. الحد الثاني يكمن في الصفة الجماعية للتفسير الناتجة عن موازين قوى. هكذا فإنه يمكن أن يتغير رأساً على عقب التفسير الذي تقدمه محكمة دستورية لأحد مواد الدستور عبر تعديل الدستور. الحد الثالث هو خاص بالقضاء. إن التفسير الذي تقدمه محكمة دنيا يمكن أن تبدله جذرياً أو تمارس عليه الرقابة محكمة عليا. يكون هذا التفسير في أغلب الأحيان متوافقاً مع التفسير الذي سبق وقدمته أو يمكن أن تقدمه المحكمة العليا. أما بالنسبة للمحاكم العليا يمكن بدون شك أن تعطي لأي نص أي معنى إذ إنه، وأياً كان هذا المعنى، لا يمكن نقضه قانونياً، أي أن التفسير يُعتبر صحيحاً ويُنتج مفاعيل قانونية. كما يمكن لهذه الأجهزة القضائية أن تغير التفسير المعطى لبيان (النص) معين عند كل حالة جديدة. نلاحظ إذاً أن هذه المحاكم تقدم تفسيرات ثابتة ومتماسكة، أي أن الإنحرافات الإجتهادية ههي نادرة، وأن المحاكم تأخذ في عين الإعتبار عند تفسيرها لبيان معين ما سبق وقررته

في موضوع بيانات أخرى.

إن أتباع أطروحة التفسير-المعرفة يجدون في هذا دليلاً على أن هذه المحاكم هي غير حرة من الناحية القانونية وأنها تجهد دوماً لإحترام الإلتزام بإعطاء النص معناه الحقيقي. في الواقع هذا المعنى الحقيقي هو شيء غير موجود وأن الأمر يفسَّر بصورة أخرى: إن القواعد التي تنتجها هذه المحاكم هي ذات صفة عامة، أي أنها تهدف إلى تنظيم سلوك عدد كبير من الأشخاص. وهؤلاء الأشخاص لا يخضعون لهذا السلوك إلا إذا رأوا أن القاعدة التي ستطبق على حالتهم هي ذات القاعدة التي أنتجها التفسير المعطى من محكمة عليا. لو تصرفت المحكمة العليا بهوادة لكان من الصعب أن يعرف الناس ما هي القاعدة المطبقة. إن المحكمة العازمة على ممارسة سلطة فعلية وتنظيم فئات من السلوكات (الإجتماعية) بقواعد (قانونية) هي مضطرة لإعتماد موقف ثابت ومتماسك. ليس ثمة موجب قانوني هنا، بل فقط نتاج الوضع الذي تجد فيه المحكمة نفسها والذي يلزمها بإعتماد الخيار العقلاني، أي خيار التماسك. هكذا تكون المحكمة حرة قانونياً ولكن مرتبطة (محدودة) إجتماعياً.

٢- المنطق

يطرح في أغلب الأحيان على العامل في مجال القانون سؤال بسيط في ظاهره: هل يخضع القانون والتحليل القانوني للمنطق وفي حال الإيجاب هل هو منطق خاص أو المنطق ذاته المعمول به في المجالات الأخرى للنشاط الإنساني؟ في الواقع المسألة هي أكثر تعقيداً ليس فقط بسبب المعاني العديدة لعبارة "قانون" أو "منطق" ولكن أيضاً بسبب تعدد

النظريات المتعلقة بالقانون، بالمنطق وبالعلم. يجب إذاً إدخال بعض التمايزات (الإيضاحات).

بدايةً يجب أن نأخذ بعين الإعتبار مستويات الخطاب لأنه بالإمكان إعطاء كلمة قانون عدة معان: القانون الوضعي أو المنظومة القانونية، علم القانون أو "الدوغماتية القانونية". ثم أن القانون إذا كان يخضع للمنطق، فهل هو المنطق الشكلي أو منطق آخر يستقي منهجه من النظريات القديمة للسجال الديالكتيكي؟

في غياب إمكانية البحث في كلية المسائل التي تطرحها العلاقات بين القانون والمنطق سوف نعتبر هنا أن القانون هو منظومة القواعد المرعية وأن المنطق الذي نحن بصدده هو المنطق الشكلي.

الصعوبة الأساسية في تحليل العلاقات بين القانون والمنطق تتأتى من واقعة أن المنطق لا يتناول إلا بيانات صحيحة فيما القواعد ليست قابلة لأن تكون صحيحة أو خاطئة. ثمة سلسلتان من المسائل من الصعب التمييز بينهما. السلسلة الأولى تتعلق فقط بالمنطق: كيف يمكن إتباع منطق متعلق ببيانات ليست قابلة لأن تكون صحيحة أو خاطئة؟ السلسلة الثانية من المسائل تتعلق بالقانون نفسه: حتى لو اعتبرنا أنه من الممكن تصور منطق قابل للتطبيق في القانون فهل صحيح أن المنطق يحكم القانون الوضعي.

أ - المشكلة المنطقية

منذ عدة عشريات ولدت عدة منظومات منطقية مسماة "وجوبية" (ديونتية)، أي منطق يتناول بيانات تشتمل على عوامل ديونتية (ملزم،

ممنوع، مسموح). يجدر بنا بداية عرض مشكلة ميتامنطقية (ما بعد منطقية، خارج منطقية) مرتبطة بفكرة أن المنطق الكلاسيكي (أليتي -alé thyque) يبحث في العلاقات بين إقتراحات تصف واقعاً وقابلة لأن تكون صحيحة أو خاطئة، بينما القانون يتألف من قواعد حيث ثمة إجماع على أنها لا صحيحة ولا خاطئة. مثالان يوضحان هذه المسألة.

بداية، الإستدلال الإستنتاجي inférence déductive. في المنطق الكلاسيكي نستنتج إنطلاقاً من إقتراحات تُعتبر صحيحة إفتراضاً آخر يكون صحيحاً بالضرورة هو الآخر. هذا ما يحصل عبر العملية القياسية syllogisme المسماة نظرية: (هي نظرية لأن موضوعها المعرفة): إذا كان صحيحاً أن كل البشر يموتون، فإن سقراط هو بشري، وهو سيموت إذاً. ولكن هل يمكن أن نستخلص بالطريقة ذاتها قاعدة جديدة إنطلاقاً من قواعد موجودة، عبر عملية قياسية ملموسة؟ إنطلاقاً من القاعدة التالية "يجب أن يعاقبَ جميع السارقين" والتي هي ليست لا صحيحة ولا خاطئة لأنها إلزامية (إلزام)، هل يمكن إستنتاج إلزام آخر: السيد دوبون، السارق، يجب أن يعاقب؟

المثال الآخر يتعلق بالتناقض. بحسب المنطق الكلاسيكي "التناقض" هو علاقة بين إقتراحين لا يمكن أن يكونا صحيحين كلاهما. إذا كان أحدهما صحيحاً يكون الآخر خاطئاً. هكذا "السماء زرقاء" و"السماء ليست زرقاء" لا يمكن أن يكونا صحيحين تباعاً. ولكن هل يمكن القول كذلك إنه يوجد تناقض بين القواعد، أو تعارض بين "ممنوع التدخين" و"التدخين إلزامي" إذا كان هذان الإقتراحان لا يمكن أن يكونا صحيحين أو خاطئين؟

أمام هذه الصعوبة ثمة ثلاثة مواقف ممكنة:

بداية يمكن عدم قبول حتى إمكانية وجود منطق للقواعد. في نهاية حياته كتب كلسن أن القاعدة تعبِّر عن إرادة من أطلقها. والحال أن الإرادة هي واقعة fait والعلاقات بين الوقائع ليست علاقات منطقية. من ناحية ثانية يستحيل أن ننقل إلى القواعد normes العلاقات بين الإقتراحات التي نجدها في العملية القياسية syllogisme. فالقول إن جميع البشر فانون يعني أن المقصود كل الناس ومن ضمنهم سقراط. إذاً، الإقتراح "سقراط فانٍ" هو صحيح لأنه قائم في إفتراض عام "جميع البشر فانون". على العكس القاعدة "يجب أن يعاقب جميع السارقين" تعبر عن إرادة المشترع. لكن المشترع لا يُشرِّع إلا للمستقبل. عندما يشكل (ينتج) بياناً عاماً ومجرداً لا يمكنه أن يشمل السارق "السيد دوبون" الذي لا يعرفه. أن يُرادَ معاقبة جميع السارقين لا يعني أنه يرادُ معاقبة السيد "دوبون".

بوجه هذه الحجة ثمة إعتراض كلاسيكي: هناك فارق ين المنطق والسيرورات العقلية، أي أن المنطق لا يعمل أو لا يستند إلى المعنى الذي يعطيه الأشخاص الحقيقيون للعبارات اللغوية، بل يستند إلى المحتوى الدلالي sémantique لهذه العبارات. يمكن تماماً إتباع التحليل التالي إنطلاقاً من مقدمة منطقية غير واقعية: "كل البشر هم غير فانين؛ سقراط هو شخص بشري، إذاً هو غير فان". يبقى أن الإستنتاج "سقراط هو غير فان، هو الذي يقوم (هو المُحتوى) في الإقتراح "كل البشر هم غير فانين" حتى لو كنا لا نعتقد بأن البشر غير فانين وحتى لو كنا نجهل وجود سقراط. لذلك فأن ما يريده المشترع لا يهم كثيراً. إذا أمر بمعاقبة جميع السارقين فإن الجملة (الصيغة) جميع السارقين تشمل حتماً السيد دوبون.

إلا أن هذا الإعتراض لا يخرِّب (لا يقضي) الحجة إذ إنه إذا كان الإستدلال الإستنتاجي صحيحاً كيف نخلص إلى التيقن من ذلك؟ وماذا يا ترى أمكن استدلاله، غير الحقيقة؟

الإمكانية الثانية تكمن في إعتبار أن ثمة منطق قواعد logique des normes ممكناً، إما لإعتبار أن القواعد هي رغم كل شيء قابلة لأن تكون صحيحة أو خاطئة، وإما لأنها تمتلك نوعية (أهمية) مساوية. هكذا فإن البعض يؤيدون فكرة أن القواعد هي صحيحة أو خاطئة وأنه من الخطأ تشبيهها بالأوامر. إذا كان من الخطأ بمكان أن نرد ب "هذا خطأ" على القاعدة الإيعازية "عاقبوا السارقين" فإنه ليس من الخطأ القول "صحيح (أو غير صحيح)" أن السارقين يجب أن يعاقبوا (كالينوسكي، ١٩٦٩).

إلا أن هذا الموقف لا يستقيم تماماً لأن العبارة "يجب أن يعاقب السارقون" تحمل في الحقيقة معنيين. من ناحية يمكن أن نكون أمام إقتراح قانوني يصف قاعدة تأمر بمعاقبة السارقين. يمكن أن يكون هذا الإقتراح صحيحاً أو خاطئاً لأن ليس ثمة قاعدة بل إقتراح مبني على قاعدة. يكون الإقتراح صحيحاً على سبيل المثال إذا كان يوجد في القانون الوضعي الفرنسي الذي أنا في صدد وصفه (معالجته)، قاعدة تحمل هذا المحتوى. ولكن يمكن أن يعبِّر الإقتراح أيضاً عن إرادة المشترع. فهو يمتلك معنى قاعدة ويكون مساوياً تماماً للأمر: "عاقبوا السارقين". كما يكون هكذا لا صحيحاً ولا غير صحيح.

ولكن يمكن أن نعتبر أيضاً أنه إذا كانت القواعد لا صحيحة ولا خاطئة ni vraies ni fausses فهي تمتلك صفة مشابهة: إنها تكون صحيحة (قانونياً) valides[٢٢]. القاعدة الشرعية هي القاعدة التي تنتمي إلى

---

٢٢ - أقترح تعريب **vaidité** بإستخدام عبارة الصحة القانونية.

المنظومـة القـانونيـة والتي يجب الخـضـوع لهـا. هكذا فـإن الحكم الذي تصدره مـحكمة معينة "يجب أن يسجن السـيد دوبون السارق مـدة ستة شهور" هو قاعدة شرعية (صحيحة قانونياً) فقط في حالة إستنتاجها من قاعدة عامة "يجب معاقبة جميع السارقين لمدة ستة شهور". ولا يكون الحكم شرعياً في الحالة المعاكسة.

والحال أن هذه الأطروحة هي غير مقبولة، تماماً كما سابقتُها وذلك لسببين: الأول هو أن الصحة القانونية validité ليست صفة للقاعدة كما تكون الحقيقة vérité صفة لإقتراح. فالقاعدة هي معنى بيان ينتمي إلى منظومة قانونية وهذا الإنتماء هو بالضبط ما يسمى "الشرعية أو الصحة القانونية. ينتج عن كل هذا أن القاعدة غير الشرعية لا تكون أبداً قاعدة فيما الإقتراح الخاطئ يبقى إقتراحاً. بحسب عبارة لكلسن: الشرعية أو الصحة القانونية هي معيار قيام القواعد. السبب الثاني يكمن في أن وجود القواعد، كما سنرى ذلك لاحقاً، لا يرتبط بالعلاقات المنطقية للقواعد بل ببعض الوقائع التجريبية.

يبقى إذاً طريق ثالث: تحميل منطق القواعد logique des normes على لغة وصفية descriptif لا أمرية non prescriptif. جرت عدة محاولات بهذا المعنى. بحسب أهمها هذا المنطق لا يتناول قواعد (لا يستند إلى قواعد) بل بيانات على قواعد أو إقتراحات قانونية (أي بيانات تحيل بدورها إلى قواعد أو إلى إقتراحات قانونية des énoncés sur des normes (ou des propositions de droit). هذه الأخيرة هي قابلة لأن تكون صحيحة vraies أو خاطئة. هكذا اعتقد البعض أنه يمكن حل مشكلة تعريف التعارض antinomie عبر تقديمه على أنه تناقض بين إقتراحين

قائمين على قواعد propositions sur des normes (أي إفتراضين متعلقين بقواعد). إذا كانت القاعدة "ممنوع التدخين" غير متناقضة مع القاعدة "ممنوع عدم التدخين" (وهي تساوي "التدخين إجباري")، فإن الإقتراح "ثمة (يوجد) قاعدة تمنع التدخين" هو متناقض مع القاعدة "ممنوع عدم التدخين".

ولكن هذا الطريق الثالث يفشل هو الآخر لأن الإقتراحين ليسا متناقضين إلا إذا كان غير ممكن أن تتوجد القاعدتان في الوقت نفسه. والحال أنه يمكن أن نقع على مشترع غير "مهووس" بمسألة التماسك أو أنه غريب الأطوار إلى حد ما فيُصدر بالتوالي -أو في آن- نصوصاً منها ما يأمر الناس بالتدخين ومنها ما يأمرهم بعدم التدخين.

نحن إذاً هنا أمام منطق وجوبي déontique من الصعب تحديد موضوعه. إلى درجة أن أحد مؤسسي المنطق الديونتي Von wright بدَّل موقفه عدة مرات متنقلاً من الطريق الثاني إلى الثالث ثم إلى الأول كي يقرر أخيراً أن "المنطق الديونتي ليس لا منطق قواعد ولا منطق بيانات على قواعد énoncés sur des normes بل هو دراسة الشروط التي يجب ملؤها في عمل خلق عقلاني للقواعد"[٢٤].

كل المسألة تكمن إذاً في معرفة إذا كان يمكن أن يساعد هذا المنطق في معرفة الواقع الفعلي، أي إذا كان يقدم معلومات على القانون ذاته. هل المنطق الوجوبي هو منطق قانوني؟

---

٢٤ - Georg Henrik Von Wright , op, cit

ب - مشكلة نظرية القانون

يجب أن تتم مقاربة هذه المسألة الثانية بما هي مختلفة جذرياً عن الأولى. لم يعد المطلوب معرفة إذا كان المنطق الوجوبي (الديونتي) ممكناً، ولا تحديد موضوعه، بل إذا كانت المنظومة القانونية تعمل (إقرأ تشتغل كما يجب) وإذا كان القانونيون يحللون بحسب هذا المنطق. إلا أن المسألة تبقى معقدة كما يمكننا إدراك ذلك عبر تطور فكر كلسن.

نعرف أن ما قدمه كلسن لنظرية القانون هو إبرازه البنية (أو الهيكلية) التراتبية للمنظومة القانونية. كل قاعدة من هذه البنية لا تنتمي إلى المنظومة إلا لأنها صدرت بالتوافق مع قاعدة عليا وأكثر عمومية. تبدو كل قاعدة إذاً كتجسيد لقاعدة عليا وكما لو أنها استُنتجت من قاعدة عليا. بفضل هذه الصورة اعتقدَ كلسن في مرحلة أولى أن القانون يخضع للمنطق.

عندما اصطدم بالإعتراض الذي يقول إن المنطق يعالج العلاقات بين إفتراضات وصفية فقد أقرَّ بإستحالة تطبيق المنطق مباشرة على القواعد بل وحسب بصورة غير مباشرة. إن إمكانية التطبيق غير المباشر تنتج بحسب كلسن عن التمييز بين القانون وعلم القانون. يصف علم القانونِ القانونَ بواسطة إقتراحات قانونية، أي بيانات على قواعد. هكذا فإنه يلتقي مع الحل التالي والذي تمَّت دراسته سابقاً: يوجد تناقض بين قاعدتين إذا كانت الإقتراحات التي تصفهما متناقضة.

ولكن في مرحلة ثالثة انضم كلسن إلى الموقف الذي يرى أن المنطق لا ينطبق على القانون. تستند هذه الأطروحة الثالثة إلى عدة حجج وهي تُسمى "غير عقلانية" ليس لأنها ترفض المنطق كأداة معرفية بل لأنها تقول

إن القانون هو نتاج إرادة لا نتاج المنطق.

أهم هذه الحجج يتعلق بالهيكلية الدينامية للمنظومة القانونية (أنظر الفصل الثالث، هيكلة القانون).

في التراتبية الثابتة hiérarchie statique تكون علاقة القواعد من محتوى لمحتوى: فمحتوى القاعدة السفلى يبدو مستنتجاً من محتوى القاعدة العليا كما في المثال: "يجب معاقبة جميع السارقين بالسجن لمدة ستة شهور، إذاً السارق السيد دوبون يجب أن يُسجنَ ستة شهور". الصحة القانونية (الشرعية) للقاعدة السفلى ترتبط إذاً بالصحة القانونية لعملية الإستدلال inférence.

على العكس ففي علاقة دينامية، يقتصر دور القاعدة العليا على الإيعاز (الأمر) لسلطة معينة أن تنتج قاعدة دنيا تبعاً لأصول معينة، مع ترك هامش إستنسابي إلى هذا الحد أو ذاك من الأهمية بما يخص المحتوى الذي يجب إسناده لهذه القاعدة الدنيا. هكذا فإن الدستور الذي يقتصر دوره على النص بأن البرلمان يصوِّت على القوانين، فهو يسمح للبرلمان بإعطاء القانون اي محتوى شريطة إحترام القواعد الإجرائية التشريعية. لا يُستنتج القانون من الدستور وهو يكون صحيحاً من الناحية القانونية، أياً كان محتواه، طالما يصدر عن السلطة الصالحة.

والحال أنه في المرحلة الأخيرة من مؤلف كلسن القانون هو منظومة دينامية. تكون القواعد القانونية صحيحة من الناحية القانونية ليس بفعل محتواها بل بفعل شكلها، أي بفعل السلطة التي تصدر عنها هذه القواعد والأصول التي سمحت بإقرارها. بالتأكيد العلاقة الدينامية ليست قطعاً علاقة منطقية، لأنه يستحيل في منظومة دينامية، إستدلال محتوى أو

حتى وجود القاعدة الدنيا من القاعدة العليا. إذا كنا نعرف القاعدة "يجب أن يعاقبَ جميع السارقين بالسجن ستة شهور" فلا يمكن أن نستدل منها أن السيد دوبون يجب أن يعاقب بالسجن ستة شهور لأن وجود هذه القاعدة يرتبط فقط بواقعة أن المحكمة وحدها يحق لها لفظ هذا الحكم. من الممكن تماماً أن تقرر المحكمة أن السيد دوبون يسجن سبعة شهور أو أنه تقتضي تبرءته. يمكن معارضة أحكام كهذه في حالة وجود أصول إستئنافية في المنظومة القانونية المعنية ولكن طالما لم يتم إبطالها في الإستئناف فهي تبقى صحيحة قانونياً لأنها تصدر عن سلطة صالحة.

بمعنى آخر لنفترض أنه بالإمكان تصور منطق للقواعد [القانونية]، فإنه لا ينتج عن هذا الإفتراض أن العلاقات بين القواعد القانونية هي علاقات منطقية. حتى لو قبلنا مثلاً بأن القياس العملي syllogisme pratique هو إستدلال صحيح قانونياً فلا يجب أن نستنتج أن الصحة القانونية لقاعدة عليا تنتقل إلى القاعدة الدنيا كما حقيقة المقدمات تنتقل إلى الإستنتاج. لا يجب الخلط بين صحة الإستدلال وإستدلال الصحة.

مع هذا نبقى نواجه السؤال التالي: المنظومة المنطقية المسماة "منطق وجوبي" هل يمكن أن تكون علم الواقع، حتى في حالة عدم خضوع القانون لهذا المنطق؟ الجواب موجود في جملة فون رايت Von Wright المذكورة أعلاه: "المنطق الديونتي هو دراسة الشروط التي يجب ملؤها في عمل (نشاط) خلق عقلاني للقواعد".

ليس المقصود الشروط التي يتم ملؤها عملياً في المنظومة القانونية الواقعية بل تلك التي يجب ملؤها كي يعتبرَ النشاط القاعدي normative عقلانياً. المنطق الديونتي ليس وصف نمط عمل القانون ولا نمط تحليل

القانونيين. إنه صورة (رسم) مثالية لتقييم درجة عقلانيته. نلتقي هنا مع مفهوم آخر للقانون وبالتالي طريقة أخرى في طرح مسألة معرفة إذا كان القانون يخضع للمنطق.

بحسب هذا المفهوم الآخر الذي تعمق في دراسته شاييم برلمان Chaïm Perelman تحت إسم "البلاغة الجديدة": ما يقتضي دراسته ليس مجموعة من القواعد بل تحاليل (أنماط تحاليل) القانونيين الممارِسين praticiensوبخاصة تلك التي تسمح لهم تبرير قراراتهم. لا تنتمي هذه التحاليل بالتالي إلى المنطق الشكلي بل إلى منطق المحاججة argumen-taire. لا يهدف هذا المنطق إلى الإستنتاج إنطلاقاً من مقدمات prémisses بل إلى خيار المقدمات نفسها. هو لا يهدف إلى وضع شروط حقيقة الإقتراحات ولا حتى الصحة القانونية للقواعد بل إلى وصف الوسائل المستخدمة للإقناع.

بحسب برلمان Perelman القانون المعاصر يعمل فعلياً تبعاً لهذا المنطق. لا يستطيع القضاة أن يحكموا طبقاً لنظرية القياس القضائي ولا أن يقصروا دورهم في البحث عن حل عادل بل يجب أن يجدوا حلاً حكيماً raisonnable، أي متوافقاً في آن مع القانون والعدل. المحاججة تنطلق من عدد من نقاط توافق، من ناحية من القواسم المشتركة التي تصلح كمقدمات كالوقائع أو القيم التي يقتضي الحفاظ عليها، ومن ناحية ثانية من التقنيات التحاججية. إلا أن هذه المقدمات لا تتسم باي صفة موضوعية والتحليل ليس ملزِماً. هو يتيح فقط التوصل إلى قرار مقبول إجتماعياً. هكذا فإن القرار الحكيم لا يعني القرار العقلاني كما يمكن أن يكون ثمة عدة حلول حكيمة. هذا ما نلاحظة عندما تتخذ محكمة

جماعية قراراً بالأغلبية.

في الواقع أطروحة "برلمان" تتسم بصفة حشوية أو توتولوجية[٢٥]. إذا استطاع الدفاع عن فكرة أن القانون والتحليل يخضعان للمنطق ولكن لمنطق مختلف عن المنطق الشكلي، فذلك فقط لأنه حدَّد المنطق القانوني بطريقة جعلت هذا المنطق هو ذاته نمط التحليل والمحاججة الخاص بالقانونيين. يمكنه إذاً بسهولة أن يستنتج أن تحليل القانونيين يتوافق مع نمط تحليل القانونيين.

■ ■ ■

خلف النقاش حول المنطق في القانون يبرز في حقيقة الأمر، والقارئ يفهم ذلك بسهولة، السجال الكبير بين النظريات الفقهية للقانون الطبيعي من ناحية ونظريات الوضعانية القانونية من ناحية ثانية. إن النتيجة التي توصلنا إليها هي أقرب إلى الأطروحات الوضعانية لأنها تؤكد أن القواعد تكون صحيحة قانونياً valides ليس بفعل توافقها مع العقل بل لأنها وضعت على يد السلطات ذات الصلاحية. هنا نحن نعود إلى المقولة الشهيرة auctoritas non veritas facit jus... مع هذا سيكون من السهل على أتباع القانون الطبيعي المعاصر أن يعارضوا قائلين: تمَّ التوصل إلى هذه النتيجة لأن هذا ليس سوى نقطة إنطلاق. فاللاعقلانية لا تؤكد صحة الأطروحة الوضعانية. إنما هي النتيجة l'irrationalisme en découle. وبالضبط فقد أمكن الإستنتاج أن القواعد ليست صحيحة قانونياً لمجرد توافقها مع المنطق، بل لإعتبار أن القواعد تكون صحيحة قانونياً بفعل الطريقة التي وُضعت تبعاً لها.

بمعنى آخر ترتبط النظرية حول دور المنطق في القانون بالأنطولوجيا

---

٢٥ - العبارات الزائدة والتي لا تحمل أي فائدة.

القانونية، أي بالمفهوم المكوَّن لدينا عن القانون والقواعد (القانونية). إذا نظرنا إلى القواعد القانونية ككيانات مثالية (المفهوم الهيليتي ـ hylétique) يمكن تصور أنها مرتبطة بعلاقات منطقية. وإذا نظرنا إليها بخلاف ذلك كتعبير عن أعمال إرادية (المفهوم التعبيري)، أي كوقائع، فلا مكان لعلاقات منطقية بينها، لأنه لا يوجد علاقات منطقية إلا بين بيانات énoncés لا بين وقائع.

ولكن كيف الخيار بين هاتين الأنطولوجيتين؟ إذا شئنا تجنب السجال الميتافيزيقي أو المواقف الشخصية الإيمانية فلا يمكن أن نجتنب جعل هذاالخيار نوعاً من مشارطة stipulation والسؤال الوحيد يصبح: ما هي المعايير التي يجب أن تقود هذا الخيار. وفي هذه النقطة ثمة أطروحتان كبريان تتصارعان. البعض يُصر على تأييد المنطق القانوني ويختار بالتالي الأنطولوجيا الهيليتية التي تجعله ممكناً. والبعض الآخر يقول بأن إمكانية قيام منطق ليست سوى إحدى المسائل المطروحة على فلسفة القانون. ثمة سؤال آخر أكثر أهمية: هل يمكن بناء علم قانون على نمط العلوم التجريبية. والحال أنه لبناء علم كهذا، يجب بالضرورة تمثُّل القانون كمجموعة من الوقائع التجريبية، أي اعتبار القواعد كتعبير عن أعمال إرادية.

إن مسألة معرفة إذا كان القانون يخضع أم لا للمنطق ليست إذاً مسألة تجريبية، يمكن الإجابة عليها بمجرد دراسة سير العمل الفعلي للمنظومة القانونية. فهذه المسألة مرتبطة في نهاية الأمر بالخيار الأنطولوجي، الذي يرتبط بدوره بالخيار الأبستيمولوجي. وهذا يعني، بطريقة أخرى، إن القانون لا يُعطى n'est pas donné، بل تبنيه النظرية التي تقود معالجته.

***

الفهرس

الفصل الثالث: هيكلية القانون